This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

HARVARD LAW LIBRARY.

Received Jan. 7, 1903

Switzerland. Bundesgericht

ENTSCHEIDUNGEN

des

SCHWEIZERISCHEN BUNDESGERICHTES

aus dem Jahre 1880.

AMTLICHE SAMMLUNG

VI. Band.

ARRÊTS

DU

TRIBUNAL FÉDÉRAL SUISSE

en l'année 1880.

RECUEIL OFFICIEL

VIe VOLUME

LAUSANNE

IMPRIMERIE GEORGES BRIDEL

1880

Rec. Jan. 7, 1903

INHALTSVERZEICHNISS — TABLE DES MATIÈRES

A. STAATSRECHTLICHE ENTSCHEIDUNGEN
ARRÊTS DE DROIT PUBLIC

Erster Abschnitt. — Première section.

Bundesverfassung. — Constitution fédérale.

Seite

I. Rechtsverweigerung. — Déni de justice . . 163, 327

II. Gleichheit vor dem Gesetze. — Egalité devant la loi 171, 332, 477

III. Doppelbesteuerung. — Double imposition 176, 339, 482, 485

IV. Glaubens- und Gewissensfreiheit. Steuern zu Kultuszwecken. — Liberté de conscience et de croyance. Impôts dont le produit est affecté aux frais du culte 1, 490, 500

V. Anstände aus dem Privatrechte, welche aus Bildung oder Trennung von Religionsgenossenschaften entstehen. — Contestations de droit privé auxquelles donne lieu la création de communautés religieuses ou une scission de communautés religieuses existantes 349

VI. Pressfreiheit. — Liberté de la presse 506

VII. Gerichtsstand. — Du for.

1. Militärische Gerichtsbarkeit. — Tribunaux militaires. 3

2. Verfassungsmässiger Gerichtsstand. Unzulässigkeit von Ausnahmegerichten. — For naturel. Inadmissibilité de tribunaux exceptionnels . 179, 516

Seite

3. Gerichtsstand des Wohnortes. — For du domicile 6, 179, 186, 189, 359, 361 522
4. Gerichtsstand der belegenen Sache. — For de la situation de la chose 192, 368, 526
5. Gerichtsstand des begangenen Vergehens. — For du délit 11, 15
6. Gerichtsstand in Konkurssachen. — Du for en matière de faillite 198
7. Gerichtsstand der Widerklage. — For de l'action reconventionnelle 532
8. Provokation. — Provocation d'instance . . 536
9. Arreste. — Saisies et séquestres. . 17, 20, 537

VIII. Schuldverhaft. — Contrainte par corps . . . 24, 372
IX. Gleichstellung der Nichtkantonsbürger im Verfahren. — Assimilation des non-ressortissants aux citoyens du canton en matière administrative et judiciaire . 201
X. Vollziehung kantonaler Urtheile. — Exécution de jugements cantonaux 31, 377
XI. Streitigkeiten staatsrechtlicher Natur zwischen Kantonen. — Différends de droit public entre cantons 69, 74
XII. Kompetenz der Bundesbehörden. — Compétence des autorités fédérales.
Des Bundesgerichtes. — Du Tribunal fédéral 36, 48, 56, 62, 225

Zweiter Abschnitt. — Deuxième section.

Bundesgesetze. — Lois fédérales.

I. Organisation der Bundesrechtspflege. — Organisation judiciaire fédérale.
Unzulässige Rekurse. — Recours inadmissibles 206 383, 541
II. Abtretung von Privatrechten. — Expropriation . . 545
III. Auslieferung von Verbrechern und Angeschuldigten. — Extradition de criminels et d'accusés 78, 206, 212, 552
IV. Ertheilung des Schweizerbürgerrechtes und Verzicht auf dasselbe. — Naturalisation et renonciation à la nationalité suisse. 82, 220

Dritter Abschnitt. — Troisième section.

Konkordate. — Concordats.

Seite

I. In Konkurssachen. — Droit de concours dans les faillites 87, 559, 564

II. Testirungsfähigkeit und Erbrechtsverhältnisse. — Capacité de tester et questions de succession. 389, 400

III. Bestimmung und Gewähr von Viehhauptmängeln. — Fixation et garantie des vices rédhibitoires du bétail 224

Vierter Abschnitt. — Quatrième section.

Kantonsverfassungen. — Constitutions cantonales.

I. Kompetenzüberschreitungen kantonaler Behörden. — Abus de compétence des autorités cantonales 409, 571

II. Uebergriff in das Gebiet der gesetzgebenden Gewalt. — Empiétement dans le domaine du pouvoir législatif 413, 581

III. Uebergriff in das Gebiet der richterlichen Gewalt. — — Empiétement dans le domaine du pouvoir judiciaire. 230, 420

IV. Anderweitige Eingriffe in garantirte Rechte. — Atteintes portées à d'autres droits garantis 92, 98, 235, 586, 599

V. Verwaltung von Stiftungsgütern. — Administration de fondations 611

Fünfter Abschnitt. — Cinquième section.

Staatsverträge der Schweiz mit dem Auslande. Traités de la Suisse avec l'étranger.

I. Staatsverträge über civilrechtliche Verhältnisse. — Rapports de droit civil.

Vertrag mit Frankreich vom 15. Juni 1869. — Traité avec la France du 15 juin 1869 242

II. Auslieferung. — Extradition.

A. Vertrag mit Frankreich. — Traité avec la France. 432, 434, 616

B. Vertrag mit Italien. — Traité avec l'Italie . 242

B. CIVILRECHTSPFLEGE

ADMINISTRATION DE LA JUSTICE CIVILE

Seite

I. Abtretung von Privatrechten. — Expropriation 114, 117, 247, 437, 441, 618

II. Verfahren vor dem Bundesgerichte in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten. — Procédure à suivre devant le Tribunal fédéral en matière civile 253

III. Verpfändung und Zwangsliquidation von Eisenbahnen — Hypothèque et liquidation forcée des chemins de fer 122, 126, 129, 131, 133, 141, 446

IV. Haftpflicht der Eisenbahnen bei Tödtungen und Verletzungen. — Responsabilité des entreprises de chemins de fer en cas d'accident entraînant mort d'homme ou lésions corporelles . 152, 256, 449, 621

V. Haftpflicht für den Fabrikbetrieb. — Responsabilité pour l'exploitation des fabriques 267, 629

VI. Civilstand und Ehe. — Etat civil et mariage 148, 274, 459, 637

VII. Civilstreitigkeiten zwischen Kantonen einerseits und Privaten oder Korporationen anderseits. — Différends de droit civil entre des cantons d'une part et des corporations ou des particuliers d'autre part. 156, 285, 290, 310, 464, 467, 472, 642

VIII. Bürgerstreitigkeiten zwischen Gemeinden verschiedener Kantone. — Contestations entre communes de différents cantons touchant le droit de cité . . 656

IX. Civilstreitigkeiten zu deren Beurtheilung des Bundesgerichtes von beiden Parteien angerufen worden ist. — Différends de droit civil portés devant le Tribunal fédéral par convention des parties . . 315

REGISTER

Seite

I. Alphabetisches Sachregister 665
II. Gesetzesregister 680
III. Personenregister 684
IV. Verzeichniss der im Jahre 1880 vom Bundesgerichte gefällten, jedoch in dieser Sammlung nicht abgedruckten Entscheide 691
V. Zusammenstellung der Entscheidungen aus dem Jahre 1880 nach den drei Nationalsprachen 694
VI. Berichtigungen 695

A. STAATSRECHTLICHE ENTSCHEIDUNGEN

ARRÊTS DE DROIT PUBLIC

Erster Abschnitt. — Première section.

Bundesverfassung. — Constitution fédérale.

I. Glaubens- und Gewissensfreiheit. Steuern zu Kultuszwecken.

Liberté de conscience et de croyance. Impôts dont le produit est affecté aux frais du culte.

1. Urtheil vom 30. Januar 1880 in Sachen Moser & Konsorten.

A. Am 27. Mai 1877 beschloß die politische Gemeinde Feuerthalen von der Kirchgemeinde Feuerthalen den bestehenden Kirchhof um 8000 Fr. zu erwerben und am 3. Februar 1878 eine besondere Friedhofsteuer von 1 ‰ zu beziehen.

B. Gegen diesen Beschluß erhoben Rekurrent und Mithafte als Einwohner von Feuerthalen Beschwerde beim Bezirksrathe von Andelfingen und verlangten Aufhebung des Beschlusses, weil die politische Gemeinde Feuerthalen nach § 106 des Gemeindegesetzes keine Steuern beziehen dürfe, so lange, wie faktisch der Fall, Bürgernutzungen vertheilt werden, beziehungsweise, daß Steuern erst dekretirt werden dürfen, wenn die Erträgnisse der Gemeindegüter zur Deckung der öffentlichen Bedürfnisse nicht hinreichen. Die Beschwerde wurde jedoch am 15. Mai 1878 abgewiesen.

C. Hiegegen am 7. Juni Beschwerde an den Regierungsrath aus dem weitern Grunde, daß der Ankauf des Friedhofes nur ein Scheingeschäft gewesen, indem auf der Pfarrhausbaute noch eine Schuld von 8000 Fr. laste, zu deren Abtragung seit der Bundesverfassung vom Jahre 1874 die der zürcherischen Staatskirche Nichtangehörigen, mithin auch Rekurrent und Genossen, nicht beigezogen werden konnten, weßhalb man die Schuld durch jenen angeblichen Kauf in eine „Friedhofsschuld" umgewandelt habe, an welche Alle steuern müssen; der Kaufpreis sei enorm übertrieben worden. Am 3. August 1878 wurde die Beschwerde vom Regierungsrathe abgewiesen unter Mißbilligung des nicht erwiesenen Vorwurfes, als habe die Gemeinde Feuerthalen unkorrekt gehandelt.

D. Ueber diesen Entscheid des Regierungsrathes beschwerten sich nun Rekurrent und Konsorten unterm 30. Oktober 1878 beim Bundesgerichte, gestützt auf Art. 49, Abs. 6 der Bundesverfassung und mit obiger Motivirung. Der Friedhof, fügen sie bei, habe höchstens 1450 Fr. gekostet, zudem sei er fast ganz angefüllt, so daß die Gemeinde noch neues Land dazu habe kaufen müssen. Sie stellten das Begehren: das Bundesgericht wolle ihren gegen einen Beschluß der politischen Gemeinde Feuerthalen gerichteten, von den kantonalen Instanzen abgewiesenen Rekurs, Ankauf eines Begräbnißplatzes betreffend, gutheißen, diesen Beschluß aufheben unter Kostenfolge für die Gemeindsbehörden.

E. In seiner Rekursbeantwortung bezieht sich der zürcherische Regirungsrath auf die Vernehmlassungen der Gemeinde Feuerthalen, sowie des Bezirksrathes Andelfingen und verlangt Abweisung der Rekurrenten. Gemeinde und Bezirksrath stützen sich kurz darauf daß der Gemeindebeschluß vom 27. Mai 1877 unangefochten geblieben sei; zudem sei die politische Gemeinde Feuerthalen gemäß Art. 53, Abs. 2 der Bundesverfassung und § 4 ff. des zürcherischen Gemeindegesetzes vom 20. April 1875 zur Uebernahme des Friedhofes geradezu gezwungen gewesen; der Werth desselben sei vom schaffhausenschen Kantonsbaumeister Bahnmeier auf 7900 Fr. geschätzt worden.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Art. 59 der Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 27. Juni 1874 lautet: „Endlich „beurtheilt das Bundesgericht Beschwerden von Privaten und „Korporationen betreffend Verletzung derjenigen Rechte, welche „ihnen entweder durch die Bundesverfassung und die in Ausfüh„rung derselben erlassenen Bundesgesetze oder durch die Verfas„sung ihres Kantons gewährleistet sind..... vorausgesetzt, daß „im einen oder andern Falle diese Beschwerden gegen Ver„fügungen kantonaler Behörden gerichtet sind, und innerhalb „sechzig Tagen, von Eröffnung der letztern an, gerechnet „eingereicht werden."

2. Da nun die Beschwerde Moser und Mithafte sich auf eine angebliche Verletzung des Art. 49, Abs. 6 der Bundesverfassung den Rekurrenten gewährleisteten Rechtes stützt und gegen den Entscheid einer Regierung gerichtet ist, so hätte dieselbe innerhalb sechzig Tagen, von Eröffnung der letztern an, eingereicht werden sollen. Dieß ist jedoch im concreten Falle nicht geschehen und es muß daher die Beschwerde als verjährt angesehen werden. Der fragliche Beschluß des zürcherischen Regierungsrathes datirt in der That vom 3. August 1878, die Beschwerde ist aber erst am 30. Oktober 1879, somit 14 Monate später, eingereicht worden.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Rekursbeschwerde ist als verspätet abgewiesen.

II. Gerichtsstand. — Du for.

1. Militärische Gerichtsbarkeit. — Tribunaux militaires.

2. Urtheil vom 12. März 1880 in Sachen Kink.

A. Durch Urtheil des Kriminalgerichtes des Kantons Baselland vom 17. September 1879 wurde Franz Kink wegen Unschlagung von Militärsteuern, die er in seiner amtlichen Stel-

lung als Sektionschef der Sektion Arlesheim vereinnahmt hatte, zu fünf Monaten Gefängniß, Bezahlung der Untersuchungskosten und Ersatz der unterschlagenen Gelder verurtheilt. Dieses Urtheil wurde vom Obergerichte des Kantons Baselland durch Erkenntniß vom 25. Dezember 1879 bestätigt.

B. Mittelst Rekursschrift vom 24. Januar 1880 beschwert sich nun Franz Kink gegen dieses Urtheil beim Bundesgerichte, indem er die Aufhebung desselben in dem Sinne beantragt, daß er verlangt, daß seine Handlungsweise und die damit zusammenhängenden strafrechtlichen Schuldfragen von dem kantonalen Militärgerichte unter Beiziehung der Geschwornen beurtheilt werden. Zur Begründung führt er an: die ihm zur Last gelegten Handlungen seien in seiner amtlichen Stellung als Sektionschef der Sektion Arlesheim begangen worden. Denn die Einziehung der Militärsteuern, welche früher den Gemeinderäthen obgelegen habe, sei nunmehr im Kanton Baselland den Sektionschefs übertragen. Das Amt eines Sektionschefs sei aber, wie sich aus der Umschreibung der Obliegenheiten desselben sowohl in dem kantonalen Militärgesetze vom 2. März 1865, § 103 als in der eidg. Militärorganisation vom 13. November 1874, der Verordnung des Bundesrathes betreffend Führung der Militärkontrolen vom 31. März 1875 und der vom Regierungsrathe von Baselland am 14. August 1878 erlassenen Amtsordnung für die Sektionschefs ergebe, eine rein militärische Charge. Nach § 1 lemma a des Strafgesetzbuches für die eidgenössischen Truppen vom 27. August 1851 hätte er daher dem kantonalen Militärgerichte zur Aburtheilung überwiesen werden sollen; er habe dieses Begehren auch bereits vor dem Kriminal- und Obergerichte gestellt, es haben aber beide Gerichtshöfe zu Gunsten ihrer eigenen Kompetenz entschieden.

C. Das Obergericht des Kantons Baselland führt in seiner Vernehmlassung aus, der Rekurs sei offenbar unbegründet, denn der Sektionschef sei lediglich Beamter der kantonalen Militärverwaltung und stehe als solcher weder im eidgenössischen oder kantonalen Militärdienste noch auf den Mannschaftsrapporten einer in solchem Dienste stehenden Truppe, der Rekurs sei demgemäß abzuweisen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Nach Art. 1 litt. a des Strafgesetzes für die eidgenössischen Truppen, auf welche Gesetzesbestimmung der Rekurrent sich zur Begründung seiner Beschwerde beruft, sind den Bestimmungen des citirten Gesetzes und damit der militärischen Gerichtsbarkeit unterworfen alle im eidgenössischen oder kantonalen Militärdienste stehenden oder auf den Mannschaftsrapporten einer in solchem Dienste stehenden Truppe befindlichen Personen. Es kann nun nicht zweifelhaft sein, daß der Sektionschef als solcher zu diesen Personen nicht gehört. Der Sektionschef ist ein Beamter der kantonalen Militärverwaltung und keineswegs ein kraft seines Amtes im aktiven Dienste stehender Militär, welcher nach der angeführten Gesetzesvorschrift der militärischen Gerichtsbarkeit unterstehen würde. Dies ist von selbst klar; es ergiebt sich zur Evidenz aus den dem Sektionschef gemäß § 4 der bundesräthlichen Verordnung betreffend die Führung der Militärkontrolen vom 31. März 1875 zugewiesenen Obliegenheiten, welche keineswegs in der Leistung aktiven Militärdienstes, sondern in Besorgung von Verwaltungsgeschäften bestehen sowie daraus, daß der Sektionschef als solcher einem bestimmten Truppenkörper gar nicht zugetheilt ist, überhaupt gar nicht nothwendig dienstpflichtig zu sein braucht. (Vergl. § 4 der vom Regierungsrathe des Kantons Baselland erlassenen Amtsordnung für die Sektionschefs vom 14. August 1878.) Demgemäß ist denn auch in § 49 der citirten Verordnung des Bundesrathes vom 31. März 1875 den kantonalen Behörden zur Pflicht gemacht, entsprechende Vorschriften gegen Nichterfüllung der Amtspflichten durch „Gemeindsbeamte, Sektionschefs oder Kreiskommandanten" aufzustellen, was ganz überflüssig wäre, wenn die genannten Beamten den Militärgesetzen unterstehen würden. Der Einzug der Militärpflichtersatzsteuern übrigens, um welchen es sich im vorliegenden Falle handelt, ist den Sektionschefs im Kanton Baselland lediglich durch kantonale Anordnung übertragen und kann nicht einmal als ein Geschäft der Militäradministration betrachtet werden, sondern ist ein Zweig der kantonalen Finanzverwaltung, dessen Besorgung aus Zweckmässigkeitsrücksichten Beamten der Militäradministration nebenbei übertragen ist. Die Berufung des

Rekurrenten auf Art. 1 litt. a des eidgenössischen Militärgesetzes ist also eine durchaus unbegründete.

2. Da ebensowenig eine der andern Bestimmungen des citirten Gesetzesartikels zutrifft, so ist demnach durchaus kein Grund erfindlich, aus welchem die, der regelmäßigen Kompetenz der bürgerlichen Gerichte gegenüber sich als die Ausnahme darstellende, Kompetenz der Militärgerichte im vorliegenden Falle abzuleiten wäre.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird als unbegründet abgewiesen.

---

2. Gerichtsstand des Wohnortes. — For du domicile.

3. Urtheil vom 13. Februar 1880 in Sachen Bütikofer.

A. Am 15. Februar 1878 schloß Jakob Bütikofer-Stotzer mit Regierungsrath Baumgartner in Solothurn einen Miethvertrag über den untern Stock des dem letztern gehörigen, an der Ringstraße in Solothurn gelegenen Hauses auf die Dauer von drei Jahren vom 1. April 1878 an und um das jährliche Miethgeld von 2000 Fr. ab. Am 21. November gl. J. kam in Bezug auf das Miethobject ein schriftliches Uebereinkommen folgenden Inhalts zu Stande: Herr Baumgartner willigt ein, den zwischen ihm und Bütikofer bestehenden Miethvertrag „auf Anfangs Dezember 1878 auf Frau Wittwe Ritter in Bözingen zu übertragen," dagegen übernimmt Herr Bütikofer „die volle Garantie über die gewissenhafte Erfüllung der Bestimmungen des angeführten Miethvertrages im ganzen Umfange seiner Bestimmungen und auf die Dauer desselben; nimmt für diese Garantie resp. Bürgschaft Domizil in Solothurn und giebt zur Sicherstellung des Vermiethers als Bürgen Hrn. J. F. Wirz, Negotiant in Solothurn." Frau Wittwe Ritter „erklärt mit gegenwärtiger Unterschrift die Uebernahme des Miethvertrages

und verpflichtet sich, allen Bestimmungen desselben genau nachzukommen. Dieses Uebereinkommen wurde von Herrn Baumgartner und von Herrn Bütikofer, sowie von dem Bürgen, Herrn Wirz, nicht dagegen von der Wittwe Ritter, unterzeichnet. Nach Abschluß desselben verließ Bütikofer das gemiethete Haus und an seiner Stelle zog Anfangs Dezember 1878 die Wittwe Ritter ein. Dieselbe verließ indeß das Miethobjekt schon am 31. März 1879 wieder. Infolge dessen verlangte Baumgartner von Bütikofer wegen Miethvertragbruches Entschädigung und, und nach der, von Bütikofer indeß nicht zugestandenen Behauptung des Herrn Baumgartner, acceptirte Bütikofer die von Baumgartner erhobene Entschädigungs-Forderung von 1500 Fr.

B. Mit Klageschrift und Ladung vom 22. November 1879 erhob nun Baumgartner gegen Bütikofer beim Amtsgericht Solothurn-Lebern Klage, in welcher er das Rechtsbegehren stellte; Verantworter sei gehalten, dem Kläger eine Entschädigung von 1500 Fr. zu bezahlen. Dieser Klage setzte der Vertreter des Beklagten die Einrede entgegen: der Verantworter sei nicht gehalten, die gegnerische Klage vom 22. November 1879 vor dem solothurnischen Forum einläßlich zu beantworten, indem er sich darauf berief: er sei in Biel domilizirt und sei daher nicht verpflichtet, sich vor dem solothurnischen Richter auf den gegenwärtigen Prozeß einzulassen. Das Abkommen vom 20. November 1878, in welchem er Domizil in Solothurn erwählt habe, sei niemals perfekt geworden und für ihn unverbindlich. Der Amtsgerichtspräsident von Solothurn-Lebern entschied indeß unterm 6. Dezember 1879, diese Einrede sei gemeinschaftlich mit der Hauptsache zu verhandeln.

C. Gegen diese Entscheidung rekurrirt der Vertreter des Bütikofer mit Eingabe vom 18. Dezember 1879 an das Bundesgericht; er stellt das Begehren: es sei der angebrachte Rekurs des Herrn Bütikofer als begründet zu erklären und demgemäß der letztere nicht schuldig, die Klage des Herrn Baumgartner vom 22./26. November 1879 vor dem solothurnischen Forum einläßlich zu beantworten, unter Kostenfolge. Zur Begründung führt er an, Bütikofer sei aufrechtstehender Schuldner und habe

in Biel seinen festen Wohnsitz. Der Anspruch des Hrn. Baumgartner sei unzweifelhaft eine persönliche Ansprache und Rekurrent daher, nach Art. 59 der Bundesverfassung berechtigt, zu verlangen, daß die Klage bei seinem natürlichen Richter, in Biel, angebracht werde. Ein gültiger Verzicht auf diesen verfassungsmäßigen Gerichtsstand seitens des Rekurrenten liege nicht vor. Angenommen auch, das Uebereinkommen vom 20. November 1878, welches ein Wahldomizil des Rekurrenten für die aus demselben entstehenden Verpflichtungen in Solothurn begründe, sei jemals rechtsbeständig gewesen, so klage doch Herr Baumgartner gar nicht aus diesem Uebereinkommen, sondern aus einem angeblich zwischen den Parteien abgeschlossenen Vergleiche. Dieser Vergleich aber, wenn er wirklich zu Stande gekommen wäre, würde sich nach § 1420 u. ff. des solothurnischen und Satz 976 u. ff. des bernischen Civilgesetzbuches als Neuerungsvertrag (Novation) qualifiziren und hätte die alte Verbindlichkeit mit allen ihren Nebenbestimmungen, Domizilverzeigung u. s. w., aufgehoben. Für die Verbindlichkeiten aus diesem angeblichen Vergleiche aber habe Rekurrent niemals Domizil in Solothurn verzeigt. Allein das Uebereinkommen vom 20. November 1878 sei überhaupt niemals zur Vollständigkeit gelangt. Es sei nämlich für dasselbe offenbar schriftliche Abfassung vereinbart worden. Wenn aber die Parteien schriftliche Abfassung eines Vertrages vereinbart haben, so gelange derselbe nach § 1030 des solothurnischen Civilgesetzbuches erst durch die Unterschrift der Parteien zu Kraft. Nun sei aber das Uebereinkommen vom 20. November 1878 von einer der Hauptpersonen, der Wittwe Ritter, niemals unterzeichnet worden; es sei deshalb niemals perfekt geworden und die darin enthaltene Domizilverzeigung sei also für den Rekurrenten unverbindlich.

D. In seiner Antwort auf diese Rekurseingabe stellt dagegen Fürsprech Munzinger in Solothurn, Namens des Hrn. Baumgartner den Antrag: es sei der Rekurs des Hrn. Bütikofer als unbegründet abzuweisen unter Kostenfolge, indem er ausführt: es werde nicht bestritten, daß Bütikofer aufrechtstehender Schuldner sei und in Biel seinen festen Wohnsitz habe, sowie daß es sich um eine persönliche Ansprache handle. Dagegen habe sich

Bütikofer freiwillig dem solothurnischen Gerichtsstande in Bezug auf die in Frage stehenden Rechtsverhältnisse unterworfen. Eine Novation, wodurch das Uebereinkommen vom 20. November 1878 aufgehoben worden wäre, liege in der Verständigung der Parteien über den Betrag der von Bütikofer schuldigen Entschädigung auf keinen Fall, sondern vielmehr lediglich eine vertragliche Fixirung der Höhe der Entschädigung, welche Bütikofer aus diesem in allen übrigen Theilen unverändert fortbestehenden Uebereinkommen schulde. Dies ergebe sich aus den Umständen, sowie aus § 1423 des solothurnischen Civilgesetzbuches, welches hier einzig in Betracht komme und womit übrigens auch das bernische Civilgesetzbuch (Satz 976 und 977), auf welches Rekurrent sich ebenfalls berufe, sachlich übereinstimme, aufs unzweideutigste. Das fragliche Uebereinkommen sei sodann auch für Bütikofer vollkommen rechtsverbindlich. Dasselbe enthalte nämlich, wenn man seinen wahren Sinn und Geist in Betracht ziehe, nicht einen einheitlichen Vertrag, sondern ein doppeltes: die Einwilligung des Hrn. Baumgartner, daß Bütikofer, wozu er sonst nach § 1119 des solothurnischen Civilgesetzbuches nicht berechtigt gewesen wäre, den Miethgegenstand der Wittwe Ritter in Untermiethe geben dürfe, wogegen Bütikofer neuerdings genaue Erfüllung des Miethvertrages vom 15. Februar 1878 in allen seinen Theilen verspreche und für diese Verpflichtungen Domizil in Solothurn erwähle; sodann einen Untermiethvertrag zwischen Bütikofer und der Wittwe Ritter. Wenn nun dieser letztere Vertrag wegen Mangels Unterzeichnung desselben durch die Wittwe Ritter nicht zur Vollständigkeit gelangt sei, so berühre dies das Vertragsverhältniß zwischen Baumgartner und Bütikofer nicht; zwischen diesen beiden Contrahenten sei vielmehr der Vertrag durch beidseitige Unterzeichnung perfekt geworden.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Rekurrent bestreitet die Zuständigkeit der solothurnischen Gerichte deshalb, weil er die Rechtsverbindlichkeit des Uebereinkommens vom 20. November 1878 seinem ganzen Inhalte nach, also auch in Beziehung auf die darin enthaltene Wahl eines Spezialdomizils, d. h. Begründung eines gewill-

kürten Gerichtsstandes in Solothurn, leugnet und des fernern behauptet, dieses Uebereinkommen sei jedenfalls durch Novation in Folge des behaupteten Abschlusses eines Vergleiches aufgehoben worden und es werde gar nicht aus dem fraglichen Abkommen, sondern aus dem angeblichen Vergleiche, für welchen die Wahl eines Spezialdomizils gar nicht behauptet sei, geklagt.

2. Wenn nun auch, wie das Bundesgericht in dem Urtheile in Sachen Haueter vom 25. Januar 1879 (Entscheidungen V S. 16) ausgesprochen hat, im Zweifel ein Verzicht auf den verfassungsmäßigen Gerichtsstand nicht anzunehmen ist, so liegt es doch in der Natur der Sache, daß ein einfaches Bestreiten der Rechtsverbindlichkeit eines Vertrages, in welchem ein gewillkürter Gerichtsstand vereinbart ist, den Beklagten von der Pflicht zur Einlassung vor dem prorogirten Forum nicht befreien kann. Denn sonst läge es in der Hand des Beklagten, in jedem Fall durch Bestreiten der Rechtsverbindlichkeit des betreffenden Vertrages die Prorogation des Gerichtsstandes unwirksam zu machen. Bis zu genügendem Nachweis ihrer Unverbindlichkeit hat vielmehr die vertragliche Vereinbarung über den Gerichtsstand, welche der Beklagte abgeschlossen hat, die Vermuthung der Gültigkeit für sich und muß demnach als wirksam betrachtet werden. Ohne nun auf eine einläßliche Würdigung der vom Rekurrenten gegen die Rechtsverbindlichkeit des, von ihm unbestrittenermaßen unterzeichneten, Uebereinkommens vom 20. November 1878, welches eine Prorogation des Gerichtsstandes ausdrücklich und unbedingt ausspricht, erhobenen, also unmittelbar gegen das materielle Klagefundament gerichteten Einwendungen einzugehen, ergiebt sich doch jedenfalls, daß zur Zeit der Rekurrent den Nachweis der Unverbindlichkeit des Uebereinkommens vom 20. November 1878 nicht in konkludenter Weise erbracht, also die für die Gültigkeit desselben und somit auch für die Kompetenz der solothurner Gerichte prima facie sprechende Vermuthung noch nicht zu beseitigen vermocht hat. Denn die Auffassung der rechtlichen Natur dieses Uebereinkommens, wie sie vom Kläger vertreten wird, kann zum mindesten nicht als eine von vornherein haltlose bezeichnet werden.

3. Was sodann die Einwendung des Rekurrenten anbelangt, daß gegen ihn gar nicht aus dem Uebereinkommen vom 20. November 1878, sondern aus einem angeblichen Vergleiche, der das fragliche Uebereinkommen jure novationis aufgehoben habe und für welchen ein Spezialdomizil nicht erwählt sei, geklagt werde, so ist dieselbe ebenfalls zur Zeit durchaus nicht liquide gestellt, um so weniger als der Rekurrent den Abschluß des fraglichen Vergleiches nicht einmal zugegeben hat.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird als unbegründet abgewiesen.

---

3. Gerichtsstand des begangenen Vergehens. — For du délit.

4. *Arrêt du 17 Janvier 1880, dans la cause Trachsel.*

C.-F. Trachsel, docteur en philosophie, à Lausanne, collectionne, achète et vend des monnaies et médailles, surtout de provenance suisse.

Le 25 Avril 1879, il reçoit la visite du sieur Frédéric Bœdecker, marchand de monnaies, à Zurich, et conclut avec lui quelques affaires.

Après le départ de Bœdecker, Trachsel, procédant à la révision des tiroirs de sa collection, crut s'apercevoir de la disparition d'un schilling de Bellinzona, dont il attribua l'enlèvement à son visiteur.

Par lettre du 14 Juin 1879, Trachsel accuse formellement Bœdecker de cette soustraction, et cela dans les termes suivants :

. . . . . .

« Diese sechs Stücke würde ich ungern in Zahlung nicht » höher annehmen können als für 39 Fr., abschläglich der » 50 Fr. die Sie mir schuldig sind für die Münze von *Bellin-* » *zona*, die Sie heimlich aus meinem Schubkasten nahmen,

» als mich meine Tochter rief, und deren Verschwinden ich
» sofort bemerkte, als ich gleich nach Ihrem Fortgehen diesen
» Kasten revidirte.

» Ein Paar andere Stücke haben höchst wahrscheinlich
» denselben Weg in Ihre Taschen genommen. Ich kann es
» jedoch nur vermuthen. Aber auf die Bellinzona-Münze kann
» ich *schwœren*, » etc.

Le 17 Juin 1879, Bœdecker porte plainte contre Trachsel, pour injures, devant la justice de paix de Zurich et conclut à ce que le défendeur soit puni avec toute la rigueur de la loi.

Le 18 dit, Trachsel porte à la connaissance de Bœdecker qu'il a retrouvé la monnaie de Bellinzona, et lui présente l'expression de ses regrets sincères, ainsi que toutes ses excuses pour ses injustes soupçons.

Bœdecker ayant néanmoins maintenu sa plainte, la justice de paix de Zurich, après avoir inutilement cité Trachsel en conciliation, renvoie la dite plainte par ordonnance du 27 Juin 1879, à la décision du Tribunal de district.

Par citation du 1er Septembre suivant, Trachsel est sommé de comparaître devant le dit Tribunal, à Zurich, le 11 dit, à 7 heures du matin, aux fins d'entendre prononcer sur la dite plainte. Cette citation a été remise à Trachsel, à Lausanne, personnellement, le 8 Septembre 1879, par l'huissier de la Préfecture de ce district, ainsi qu'il appert de la relation de notification inscrite au dos de cette pièce, et conçue en ces termes :

« L'huissier soussigné déclare que le Dr Trachsel a déclaré
» ne pas pouvoir paraître, vu qu'il croit que cela n'est pas
» nécessaire. Il fait retourner cette citation.

» Lausanne, le 8 septembre 1879.

» L. S. (Signé) NOVERRAZ-DELESSERT »

Statuant le 11 Septembre, le Tribunal du district de Zurich condamne par défaut Trachsel, pour injures, en application des art. 152 et 153 du Code pénal, à payer 25 fr. d'amende, un émolument de justice de 20 fr., une indemnité de 30 fr. au plaignant et les frais du procès.

C'est contre ce jugement que Trachsel recourt, le 10 Novembre 1879, au Tribunal fédéral. Il conclut à ce qu'il lui plaise d'annuler la dite sentence par les motifs suivants :

a) Le jugement du 11 Septembre viole l'art. 58 de la Constitution fédérale et l'art. 68 de la Constitution du canton de Vaud, qui statuent que nul ne peut être distrait de ses juges naturels. Or, en matière d'injures, les juges naturels de l'accusé sont ceux du lieu où le délit a été commis, c'est-à-dire du lieu d'où est parti la lettre injurieuse. Les Tribunaux de Lausanne étaient dès lors seuls compétents. Et c'est à tort que le Tribunal de Zurich s'est nanti de la cause.

b) Le jugement viole l'art. 59 de la Constitution fédérale. L'action en réparation d'injures intentée par Bœdecker est avant tout une réclamation personnelle, admise jusqu'à concurrence de 30 fr., chiffre auquel le Tribunal a arbitré le dommage éprouvé par l'honneur du plaignant. Les autres dispositifs ne sont qu'accessoires. Dès lors, le for de l'action devait être le lieu du domicile du défendeur.

c) Trachsel n'a reçu aucune assignation à lui dûment adressée par le Juge informateur qui a présidé à l'enquête : en ce qui concerne la citation en jugement, Trachsel n'a reçu assignation que dans la journée du 10 Septembre, et trop tard pour qu'il pût se rendre à Zurich. Ces informalités vicient la poursuite et le jugement, qui, de ce chef, doit être annulé.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

Sur le premier moyen :

La jurisprudence introduite par le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale et suivie invariablement par le Tribunal fédéral en matière de détermination du for de l'injure commise par lettre, a toujours reconnu que ce délit n'est réellement perpétré que dès le moment où le destinataire a pris connaissance des imputations injurieuses à son adresse, et que la plainte pénale doit dès lors être portée devant les Tribunaux du for du délit.

Or, dans le cas actuel, la lettre contenant des allégations injurieuses a été adressée par Trachsel à Bœdecker, à Zurich. Il en résulte que les Tribunaux zuricois étaient seuls compé-

tents pour prononcer, cas échéant, une répression en application des lois pénales de ce canton.

Ce moyen n'est pas fondé.

Sur le deuxième moyen :

Les législations des cantons de Vaud et de Zurich considèrent l'une et l'autre la plainte pour injures comme une action pénale, dont le for, d'après le principe universellement reconnu, est au lieu de la commission du délit. La plainte dirigée contre Trachsel, à Zurich, portait exclusivement ce caractère, et la circonstance que le recourant a été condamné accessoirement à une indemnité en faveur du plaignant, ne saurait modifier la nature de cette action, ni surtout lui attribuer, comme le voudrait le recours, la portée d'une revendication civile. La disposition de l'art. 59 de la Constitution fédérale n'est dès lors d'aucune application à l'espèce.

Sur le troisième moyen :

Le grief tiré par le recourant de ce qu'il n'aurait pas été assigné à temps pour pouvoir assister aux débats de la cause à Zurich, est absolument contredit par les pièces du dossier. Comme on l'a constaté dans l'exposé des faits, il est établi que l'assignation pour la séance du 11 Septembre a été remise à Trachsel personnellement, non point le 10 dit, comme le recours le prétend à tort, mais le 8 déjà, et ainsi assez tôt pour que le recourant ait pu se rendre à Zurich pour les débats de la cause. Il ne rentre d'ailleurs point dans les attributions du Tribunal fédéral de contrôler l'observation par les Tribunaux de Zurich des délais fixés par la procédure pénale de ce canton.

Le recours étant dénué de tout fondement, il se justifie de prononcer un émolument de justice en application de l'art. 62 de la loi sur l'organisation judiciaire.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est écarté comme mal fondé.

---

5. *Arrêt du 17 Janvier 1880, dans la cause Cornu.*

Auguste Cornu, marchand de charbon à Lausanne, se trouvant vers le milieu de 1879, à Bienne, y apprit qu'un concurrent, nommé Pierre Raffini, pour gagner des commandes, avait répandu dans cette ville le bruit que Cornu était en prison et ne reviendrait pas à Bienne.

Cornu, voyant dans ce fait une diffamation, porte plainte, par lettre du 25 Septembre 1879, au Juge de paix de Bienne, en demandant réparation, conformément aux lois bernoises, des imputations calomnieuses du sieur Raffini.

Sur carte-correspondance du 26 dit, le magistrat susvisé avise le plaignant que, Raffini habitant Nyon, l'office du juge bernois ne peut se charger de le faire citer à Bienne, vu qu'il habite un autre canton.

Le 29 du même mois, Cornu adresse la même plainte au Juge d'instruction du canton de Vaud, lequel, par office du 7 Octobre suivant, porte à la connaissance du plaignant qu'il est refusé de suivre à la dite plainte, par le motif que le délit ayant été commis non pas dans le canton de Vaud, mais dans le canton de Berne, la poursuite doit avoir lieu dans ce dernier canton.

Par arrêt du 17 Octobre, le Tribunal d'accusation du canton de Vaud, auprès de qui Cornu avait recouru contre le refus de suivre du Juge d'instruction, confirme la décision de ce magistrat, par le motif que la loi pénale vaudoise ne permet pas de poursuivre un délinquant pour un délit commis hors du canton alors que le prévenu n'est pas vaudois.

C'est contre ces deux refus de suivre que Cornu a recouru le 31 Octobre 1879 au Tribunal fédéral, pour déni de justice. Il demande à ce Tribunal de vouloir décider quel est le juge, celui du for du délit ou du domicile, qui doit se nantir de la plainte.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

Il s'agit, dans l'espèce, d'une plainte pour injures, soit diffamation, délit dont la répression doit, en vertu du principe

posé par la législation pénale de Berne aussi bien que par celle de Vaud (Code pénal de Berne, art. 177, 178 et 179; Code pénal de Vaud, art. 263 et suivants), être poursuivie au lieu où l'acte délictueux a été commis. Or, comme l'injure, objet de la plainte de Cornu a été, selon le plaignant lui-même, proférée publiquement sur le territoire du canton de Berne, c'était aux autorités judiciaires de ce canton qu'il eût incombé de se nantir des poursuites contre le sieur Raffini.

Le recourant est toutefois mal venu à arguer d'un déni de justice commis à son préjudice par le Juge de paix de Bienne. Ce magistrat n'est, en effet, investi d'aucune compétence pénale à teneur des lois bernoises; c'est dès lors avec raison qu'il a refusé de se nantir d'une poursuite qui, par sa nature, échappait aux attributions de son office de juge civil. Nul n'étant réputé ignorer la loi, c'était au recourant à nantir le magistrat pénal préposé à l'instruction de semblables plaintes dans le canton de Berne, soit le préfet du district. Aussi longtemps que Cornu ne se trouve pas en présence d'un refus de ce magistrat de déployer son office en la cause, il ne saurait être question du déni de justice signalé dans le recours.

Il y a donc lieu de renvoyer le recourant à porter sa plainte devant l'autorité bernoise compétente, s'il le juge convenable.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est écarté comme mal fondé, et A. Cornu, renvoyé à mieux agir dans le sens des considérants qui précèdent [1].

---

[1]) Siehe auch N° 15 hienach.

III. Arreste. — Saisies et séquestres.

6. Urtheil vom 30. Januar 1880 in Sachen Huber.

A. Rekursbeklagter forderte vom Rekurrenten den Betrag von 209 Fr. 60 Cts. für geliehenes Geld und Miethzins, und erwirkte dafür unterm 8. September 1879 beim Gerichtspräsidenten von Laupen auf acht in seiner Verwahrung gebliebene Erdbännen und eine Lastwinde des Huber, deren Gesammtwerth auf 275 Fr. geschätzt wurde einen Realarrest. Zugleich lud er den Huber auf den 22. September 1879, Morgens 8 Uhr zur Arrestbestätigung vor das Richteramt Laupen. Bei demselben stellte Ermel das Rechtsbegehren, es sei der vollführte Realarrest auf die bei ihm befindlichen Gegenstände richterlich zu bestätigen.

B. Zur festgesetzten Zeit und Stelle erschien Huber nicht, weßhalb der Richter dem Ermel das gestellte Rechtsbegehren zusprach.

C. Mit Eingabe vom 21. Oktober beschwert sich Huber, dem sowohl der Arrest vom 8. als das Arrestbestätigungsurtheil des Gerichtspräsidenten von Laupen vom 22. September in Murten zugestellt worden war, beim Bundesgerichte und stellte das Begehren, daß Arrest und Urtheil kassirt und daß Ermel zu einer Entschädigung und zur Vergütung der Kosten verurtheilt werde, da er, Rekurrent, aufrechtstehender Schweizerbürger sei, in Murten, Kanton Freiburg, einen festen Wohnsitz habe und die vom Rekursbeklagten geltend gemachte angebliche Forderung eine persönliche Ansprache sei.

D. In seiner Vernehmlassung verlangt Ermel Abweisung der Beschwerde, weil Huber

1. nicht aufrechtstehender Schweizerbürger sei, sondern schon im Zeitpunkte der Herausnahme des Arrestes materiell „konkursmässig" gewesen und es jetzt noch sei;

2. Für alle aus dem Bauvertrage mit der Gemeinde Dicki entspringenden Rechtsverhältnisse in dortiger Gemeindschreiberei rechtlich Domizil genommen habe;

3. auch thatsächlich in Kriechenwyl gewohnt habe, und

4. bei zuständiger Amtsstelle in Laupen seine Ausweisschriften deponirt und eine Aufenthaltsbewilligung erhalten habe.

E. Mit Zuschrift vom 6. November hat das Präsidium des Bundesgerichtes auf Begehren des Rekurrenten das Richteramt in Laupen eingeladen, die Exekution des oben citirten Urtheils vom 22. September zu sistiren, bis das Bundesgericht über den eingereichten Rekurs entschieden haben wird.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Unbestrittenermaßen handelt es sich vorliegend um persönliche Ansprachen, für welche der aufrechtstehende Schuldner, welcher in der Schweiz einen festen Wohnsitz hat, laut Art. 59 der Bundesverfassung vor dem Richter seines Wohnortes gesucht werden muß, und für welche auf das Vermögen eines solchen außer dem Kanton in welchem er wohnt, kein Arrest gelegt werden darf.

2. Rekursbeklagter hat auch nicht behauptet, daß ihm für seine Ansprache an den verarrestirten, in seinem Gewahrsam gelegenen Gegenständen ein Pfand- oder Retentionsrecht zugestanden habe, dessen Realisirung nach der Praxis des Bundesgerichtes allerdings durch die Behörden und nach den Gesetzen desjenigen Ortes, wo das Pfand liegt, bewirkt werden könnte. (Vergl. Entscheid i. S. Schneeli, amtl. Samml. der bundesgerichtl. Entscheidungen Bd. I, S. 245, Erw. 4.)

3. Es frägt sich demnach zuerst, ob Rekurrent zur Zeit der Arrestlegung aufrechtstehend, oder, wie der französische Text des Art. 59 der Bundesverfassung lautet « solvable » war. Nun bezeugt einerseits der Gemeinderath von Murten unterm 31. Oktober und 2. November 1879, daß sein Gemeindeangehöriger Hermann Huber im Vollgenusse seiner bürgerlichen und politischen Rechte sei; anderseits ergiebt sich aus einer Bescheinigung der Amtsgerichtskanzlei von Laupen vom 28. November 1879, daß, als ein Gläubiger des Huber rechtlich auf Bezahlung drang, über letztern allerdings unterm 23. Oktober 1879 das Geldstagsprovisorium erkannt wurde, daß aber Huber alsdann den Betreibungsführer bezahlte, so daß das Geldstagsprovisorium schon am 31. Oktober vom Richter eventuell wieder aufgehoben

werden konnte. Es ist somit nicht dargethan, daß Huber als „nicht aufrechtstehend" zu betrachten sei.

4. Laut Bescheinigung des Gemeinderathes Murten wurde Huber in dieser Stadt geboren und auferzogen, wohnte seither dort, ist mit seiner Familie dort niedergelassen und übte auch stetsfort seine bürgerlichen und politischen Rechte dort aus. Es steht daher außer Zweifel, daß er in Murten, Kanton Freiburg, festen Wohnsitz hat.

5. Dagegen hatte Hermann Huber zur Zeit der Arrestlegung auch ein Domizil im Amtsbezirke Laupen, Kanton Bern. Durch Vertrag vom 6. April 1876 übernahm er von der Gemeinde Dicki, Kantons Bern die Erstellung einer Straßenstrecke; der Bau hätte bis Ende 1879 vollendet sein sollen. Dem Vertrage trug Huber die Erklärung nach: „Der Unternehmer verzeige sein Domizil für die betreffende Bauzeit in der Gemeinde Dicki."

Nun ist zwar laut Regel ein Vertragsdomizil als gewähltes Domizil nur dem Vertragsgegner gegenüber verbindlich; da es sich aber im vorliegenden Falle um eine Straßenbaute handelte, bei welcher Huber angehalten wurde, seine Heimatschriften in Laupen zu deponiren, so ist anzunehmen, daß er für die Ausführung jener Baute ein Geschäftsdomizil im Kanton Bern gehabt habe, an welchem Domizil er für alle von ihm eingegangenen und mit dem dortigen Geschäftsbetrieb zusammenhängenden Verbindlichkeiten belangt werden könne. (Vergl. Urtheile des Bundesgerichtes in Sachen Künzli und Imboden vom 4. Juni 1875 und in Sachen Erlach vom 24. März 1876.) Ist aber dieses der Fall, so kann die im Amtsbezirke Laupen erfolgte Arrestlegung nicht eine Verletzung des Art. 59 der Bundesverfassung involviren und es kann daher auch Rekurrent Huber nicht unter Berufung auf diesen Artikel der Bundesverfassung Aufhebung des Arrestes und des Bestätigungsurtheiles verlangen.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Rekursbeschwerde ist als unbegründet abgewiesen und es hat bei dem rekurrirten Arrestbestätigungsurtheil des Gerichtspräsidenten von Laupen vom 22. September 1879 sein Verbleiben.

7. *Arrêt du 27 Février 1880 dans la cause Renaud.*

Sous date du 8 avril 1879, Jules Renaud, négociant à Vich, près Gland (Vaud), a passé avec la commune de Billens, canton de Fribourg, une convention par laquelle il achetait de cette dernière les bois abattus dans ses forêts par l'ouragan du 20 Février précédent. Cette convention statue entre autres, sous chiffre 3, qu'aussitôt après la ratification de la convention, l'acheteur versera entre les mains des représentants de la commune le montant de 5000 fr., et que le solde du prix de vente sera payé comptant, soit au fur et à mesure des reconnaissances.

Par décision du 11 Avril dit, le Conseil d'Etat de Fribourg ratifie cette convention, en réservant que l'acheteur déposera à la Caisse d'amortissement, en outre du prix d'achat, et comme garantie de la bonne exécution de ses engagements, la somme de 5000 fr., qui lui sera restituée lorsque les clauses et conditions arrêtées entre parties auront été remplies.

Une modification stipulée le 4 Juin suivant à la dite convention statue que le prix d'achat est fixé à la somme totale de 28000 fr. Les 23000 fr. restants devaient être payés les 15 Juin et 31 Juillet.

Renaud versa en mains du caissier communal de Billens 13000 fr. le 23 Juin et 10000 fr. pour solde le 2 Août suivant.

Avant ces payements, et par exploit du 19 Juin 1879, la commune de Billens avait fait assigner Renaud à l'audience du même jour du président du Tribunal de la Glâne, pour s'entendre interdire, par voie de mesures provisionnelles, de continuer l'exploitation des bois.

Par sentence du même jour, ce magistrat accorde les mesures provisionnelles demandées et fait défense à Renaud de continuer la dite exploitation, ainsi qu'au chef de gare de Romont de continuer l'expédition de ces bois par le chemin de fer.

Par exploit du 4 Octobre 1879, la commune de Billens,

pour parvenir au payement de 76 fr. 60 cent., montant des frais occasionnés par les dites mesures provisionnelles, opéra un séquestre sur une certaine quantité de bois que Renaud avait déposés en gare à Romont.

C'est contre ce séquestre que Renaud recourt au Tribunal fédéral. Il conclut à ce qu'il lui plaise déclarer ce procédé nul et obtenu en violation de l'art. 59 de la Constitution fédérale.

A l'appui de cette conclusion, le recourant fait valoir qu'il est domicilié à Vich, canton de Vaud, et solvable; que dès lors, à teneur de l'art. 59 précité, c'est devant le juge vaudois de son domicile que la commune de Billens doit le rechercher pour la réclamation personnelle dont il s'agit.

Dans sa réponse, la commune de Billens conclut au rejet du recours, en se fondant sur les considérations ci-après :

Renaud n'a jamais opéré le dépôt de 5000 fr. qui lui était imposé à titre de garantie. Malgré la réclamation de la commune de Billens, il n'a pas payé davantage les frais de la mesure provisionnelle obtenue contre lui. Il est clair qu'il doit ce montant, puisqu'il avait provoqué cette mesure par sa faute.

Le séquestre du 4 Octobre 1879 ne viole point l'art. 59 de la Constitution fédérale. Renaud n'a pas prouvé sa solvabilité ni qu'il fût réellement domicilié dans le canton de Vaud. Le séquestre était fondé aux termes des lois fribourgeoises, et notamment de l'art. 118 de la loi sur les poursuites juridiques, statuant que le juge de paix peut accorder au vendeur qui a délivré des objets mobiliers et qui se trouve en danger d'en perdre le prix la permission de les séquestrer s'ils sont en possession du débiteur et quoiqu'il y ait un terme pour le payement.

Cette disposition n'est point en opposition avec l'art. 59 de la Constitution fédérale ; elle signifie seulement que le propriétaire d'un objet mobilier, habitant le canton de Fribourg, n'est pas obligé de le vendre à crédit; que lorsqu'il a été convenu que le payement du prix de vente se fera comptant, il n'a pas l'obligation de laisser l'acquéreur entrer en possession avant que le payement ait été effectué. Il était dans l'in-

tention des parties qu'aucune portion du bois vendu ne puisse être transportée hors du territoire de la commune avant d'avoir été payée.

La mesure provisionnelle dont les frais sont réclamés par la commune a été ordonnée par le juge fribourgeois pour assurer l'exécution d'un marché : elle en a donc fait partie intégrante et les frais qui en sont résultés se trouvent être un accessoire de ce marché. Le séquestre du 4 Octobre est la conséquence immédiate de celui ordonné par le président en date du 19 Juin. Renaud ayant reconnu celui-ci, il doit se soumettre au second, et il a reconnu la compétence du juge fribourgeois pour statuer sur les mesures sollicitées par la commune de Billens pour assurer l'exécution du marché, qui devait recevoir son exécution dans le canton de Fribourg.

Dans sa réplique le recourant reprend les conclusions de son recours : il ajoute que la mesure provisionnelle du 19 Juin est nulle aux termes de la procédure civile fribourgeoise (art.194), puisqu'il n'a pas été suivi au procès dans le délai légal.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

1° Le recourant Renaud habite Vich, canton de Vaud. La commune de Billens, qui paraît contester ce fait, n'a apporté aucune preuve à l'appui de son allégation. Au contraire, le fait du domicile de Renaud à Vich, près Nyon, se trouve constaté dans le texte même de la convention passée entre parties, et les exploits signifiés par la commune de Billens sont adressés à Renaud « marchand de bois à Vich, canton de Vaud ; » la dite commune ne prétend enfin pas que le recourant ait élu domicile dans le canton de Fribourg pour l'exécution du contrat. Dans ces conditions, le domicile de Renaud à Vich ne saurait faire l'objet d'aucun doute.

2° La commune de Billens conteste également la solvabilité du recourant. Or c'est au créancier qui l'allègue, à établir ce défaut de solvabilité, et la commune n'a entrepris aucune preuve dans ce but. Renaud doit donc être présumé solvable, et ce fait est confirmé par le payement intégral, opéré à la date du 2 Août, de la somme de 28000 fr. prix des bois, objet du marché conclu entre parties.

3° La réclamation des frais résultant des mesures provisionnelles provoquées par la commune de Billens est, enfin, essentiellement personnelle. En effet :

a) Les conclusions prises le 4 Octobre 1879 tendent au payement d'une somme de 76 fr. 60 cent., et pour y parvenir, séquestre est imposé sur des bois appartenant à Renaud et déposés à la gare de Romont. La commune qui se prétend créancière n'allègue aucun droit spécial de gage sur les objets séquestrés : elle ne pouvait prétendre au droit prévu à l'art. 118 de la loi sur les poursuites, puisque, venderesse des bois exploités par son acheteur, elle était à cette époque intégralement payée du prix de vente.

b) La réclamation de frais judiciaires est une prétention personnelle, indépendante par sa nature juridique et distincte des relations ayant existé entre vendeur et acheteur, alors surtout que le contrat antérieur a été exécuté de part et d'autre.

Il n'est point prouvé que Renaud ait reconnu la compétence du juge fribourgeois pour les mesures provisionnelles requises par la commune de Billens, et les frais réclamés ne sont, ni adjugés par jugement rendu sur action intentée dans le délai légal, ni réglés par le magistrat.

4° Tous les réquisits exigés par l'art. 59 de la Constitution fédérale se trouvant réalisés en l'espèce, c'est devant le juge du domicile du recourant dans le canton de Vaud que la commune de Billens devait porter sa réclamation.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours de Jules Renaud est admis. En conséquence, le séquestre pratiqué à Romont par la commune de Billens le 4 Octobre 1879 est déclaré nul et de nul effet.

IV. Schuldverhaft. — Contrainte par corps.

8. Urtheil vom 12. März 1880 in Sachen Bossard gegen Zug.

A. Nachdem Alois Bossard, gew. Generaleinzüger der Stadtgemeinde Zug unter der Anklage auf Unterschlagung öffentlicher Gelder und auf Betrug verhaftet worden war, trat am 17. Juli 1868 dessen Bruder Johannes Bossard, welcher in Verbindung mit demselben die Handelsgesellschaft J. Bossard u. Comp. zur Pension Seefeld in Zug bildete, das gesammte Vermögen der genannten Firma der Stadtgemeinde Zug am Pfandbuche ab, als Sicherung und Pfand für alle ihre Forderungen an Alois Bossard. Mit Zuschrift vom 5. August 1868 verlangte er indeß Annullirung dieser Verschreibung, behauptend dieselbe sei unter unwahren Vorgaben erschlichen worden. Der Stadtrath von Zug ging aber auf dieses Verlangen nicht ein. Durch Urtheil vom 10. Mai 1869 wurde nun Alois Bossard der Unterschlagung öffentlicher Gelder im Betrage und Schaden von 28040 Fr. 58 Cts. und des Betruges im Betrage und Schaden von 2017 Fr. 85 Cts., total 30058 Fr. 43 Cts., vom Obergerichte des Kantons Zug für schuldig erklärt und erkannt: Er habe die Beschädigte (Stadtgemeinde Zug) zu entschädigen und dem Staate die Kosten mit 427 Fr. zu ersetzen.

B. Da verschiedene Gläubiger der Firma Bossard u Comp. in Folge der obenerwähnten Abtretung vom 17. Juli 1868 für anerkannte Forderungen keine Pfänder erlangen konnten, so wurde über dieselbe das Falliment ausgekündet und die Auffallsrechnung auf 30. November 1869 angesetzt. Bei derselben protestirte J. Bossard, welcher schon gegen die Anlegung des Generalarrestes und die Fallimentsandrohung mit Berufung auf die von ihm behauptete Ungültigkeit der Abtretung vom 17. Juli 1868, welche einzig der Pfandstellung entgegenstehe, protestirt hatte, Namens der Firma J. Bossard u. Comp. gegen alle Eingriffe in das Eigenthum der Firma Seitens der Stadt Zug, welcher erstere nichts schulde, erklärte aber gleich-

zeitig für die beiden Theilhaber der Firma ihren Austritt (Insolvenz) und es nahm hierauf der Konkurs ohne Rücksicht auf die erhobene Protestation seinen Fortgang. In diesem Konkurse meldete nun die Stadtgemeinde Zug eine Forderung von 34248 Fr. 46 Cts. an Alois Bossard an, mit Rechtsverwahrung a) auf die Amtsbürgen, b) auf die Firma J. Bossard u. Comp., c) auf die Verschreibung vom 17. Juli 1868 und d) auf ihre Faustpfänder. Gegen Forderung und Rechtsverwahrung erhoben Rekurrenten Einsprache; allein die Massakuratel nahm darauf keine Rücksicht, sondern schrieb der Stadtgemeinde zufolge eines mit derselben am 28. März 1871 getroffenen Vergleiches 25552 Fr. 24 Cts. in der Klasse der laufenden Forderungen gut. A. und J. Bossard erneuerten darauf hin, wie sie behaupten, ihre Protestation; die Falliments-kommission genehmigte jedoch am 12. März 1873 die Liquidationsrechnung, womit der Konkurs sein Ende erreichte.

C. Nachdem die Gebrüder Bossard im Jahre 1873 Rückruf des Fallimentes und Nichterklärung desselben, weil es auf irrigen Voraussetzungen beruht habe, verlangt hatten, jedoch mit diesem Begehren von dem Kantonsgerichte Zug rechtskräftig abgewiesen worden waren, stellten sie im September 1875 ein Rehabilitationsgesuch bei gleicher Behörde, indem sie von allen Gläubigern, welche in ihrem Konkurse Forderungen angemeldet hatten, mit Ausnahme der Stadtgemeinde Zug, Quittungen beibrachten. Das Gesuch wurde aber wegen der mangelnden Zustimmung der Stadt Zug verworfen; eine hierauf von den Rekurrenten gegen die Stadtgemeinde Zug erhobene Provokationsklage wurde, gestützt auf das Strafurtheil vom 10. Mai 1869 und den Vergleich vom 28. März 1871, als unzulässig erklärt.

D. Im Jahre 1877 reichte A. Bossard gegen das Strafurtheil vom 10. Mai 1869 ein Revisionsgesuch ein. In Folge desselben wurde die Untersuchung wieder aufgenommen und sodann am 30. Dezember 1878 vom Obergerichte des Kantons Zug erkannt, Bossard habe sich mehrfacher eigenmächtiger, unerlaubter und daher strafbarer Verwendung öffentlicher Gelder im Betrage von mehr als 20000 Fr. schuldig gemacht, welche

sich jedoch weder als Unterschlagung noch als Betrug qualifiziren, sondern nur korrektionell strafbar sei. In diesem Sinne wurde daher das Urtheil vom 10. Mai 1869 aufgehoben und sowohl der Stadtgemeinde Zug als dem Angeklagten der ordentliche Rechtsweg bezüglich der Civilansprüche vorbehalten.

E. Gestützt auf dieses Urtheil vom 30. Dezember 1878 verlangten A. und J. Bossard mit Eingabe vom 7. Januar 1879 neuerdings ihre Rehabilitation, indem sie die Existenz, eventuell die Liquidität einer Forderung der Stadtgemeinde Zug bestritten. Das Kantonsgericht wies aber auch dieses Gesuch ab, weil bezüglich der Rehabilitationsfrage das Urtheil vom 30. Dezember 1878 nichts zu ändern vermöge, indem dasselbe einfach bezügliche Civilansprüche dem Rechtswege vorbehalte. Daher müssen die Petenten gemäß Art. 57 des Fallimentsgesetzes beweisen, daß sie die Stadtgemeinde Zug für ihre angemeldete Forderung befriedigt haben. Wenn sie diese Forderung bestreiten, so müsse die Frage der Existenz derselben einem allfälligen Haupt- oder Forderungsprozesse vorbehalten bleiben.

F. Nachdem sich Rekurrenten über diesen Entscheid sowohl beim Obergerichte als beim Kassationsgerichte des Kantons Zug ohne Erfolg beschwert hatten, wendeten sie sich an das Bundesgericht, bei welchem sie die Begehren stellen:

1. Der vom Kanton Zug praktizirte Entzug der bürgerlichen Rechte und Ehren als Exekutionsmittel zur Eintreibung einer illiquiden Forderung sei als unzulässig aufzuheben.

2. Die Wiedereinsetzung der Petenten in ihre bürgerlichen Rechte und Ehren, soweit solche als Folge des ungültigen Konkurses entzogen worden, sei zu verfügen.

3. Die civilrechtlichen Fragen, die sich an die Wiedereinsetzung knüpfen, seien dem ordentlichen Rechtswege vorbehalten.

4. Dem Kanton Zug sei eine Prozeßentschädigung an sie, Petenten, aufzulegen.

Zur Begründung führen sie aus: Durch die Verweigerung der Rehabilitation durch die zugerschen Behörden sei eine Reihe von Bestimmungen der Bundesverfassung und der zugerschen Kantonsverfassung verletzt. Der Verauffalte unterliege nämlich nach der Gesetzgebung des Kantons Zug einer Reihe von Be-

schränkungen seiner persönlichen Freiheit, indem er das politische Stimmrecht, die eheliche Vormundschaft, den Nießbrauch am Weibergut, die väterliche Vormundschaft, die Zeugenfähigkeit und die Befugniß zur Ausübung gewisser Berufsarten verliere. Diese Beschränkungen der persönlichen Freiheit werden als Exekutionsmittel zur Eintreibung einer Forderung im Privatinteresse angewendet; dies treffe gerade im speziellen Falle zu, da die Rekurrenten der Stadtgemeinde Zug nichts schulden und die Verweigerung der Rehabilitation nur dazu dienen solle, sie zur Bezahlung einer nicht existirenden Schuld zu zwingen. Dadurch werde sowohl der Art. 59 Lemma 3 und 4 als auch der Art. 4 der Bundesverfassung verletzt, indem der Angesprochene wegen Schulden in seiner persönlichen Freiheit verletzt und der Stadtgemeinde Zug das Vorrecht eingeräumt werde, über denselben willkürlich die Einstellung im Aktivbürgerrechte verhängen zu lassen, bevor im Gesetzeswege die Schuld anerkannt oder konstatirt sei. Ferner hätte nach § 30, 39 und 57 der Falliments ordnung für den Kanton Zug, da die Rekurrenten in ihrem Konkurse die Forderung der Stadtgemeinde Zug bestritten haben, der Entscheid hierüber dem Kantonsgerichte überwiesen werden sollen. Darin, daß dies nicht geschehen sei, liege eine Verletzung des Grundsatzes, daß Niemand seinem verfassungsmäßigen Richter entzogen werden dürfe, also des Art. 58 der Bundesverfassung und des Art. 6 der zugerschen Kantonsverfassung. Die Forderung der Stadtgemeinde Zug sei im weitern eine illiquide und daher im Kanton Zug nicht exequirbar; es sei niemals die Schuldbetreibung für dieselbe durchgeführt oder durch ein Urtheil ihre Bezahlung verfügt worden; im Gegentheil rufe das Urtheil vom 30. Dezember 1878 ausdrücklich einem Forderungsprozeß. Nach Art. 4 der Bundesverfassung müsse daher das für eine illiquide Forderung eingeleitete Konkursverfahren aufgehoben werden, soweit es noch auf den Rekurrenten laste. Die Weigerung der zugerschen Behörden, dies zu thun, qualifizire sich als eine Rechtsverweigerung. Endlich sei durch das Revisionsurtheil des zugerschen Obergerichtes die Forderung der Stadtgemeinde Zug auf den Civilweg gewiesen worden. Aus diesem Urtheil folge, daß das ganze Konkursver-

fahren gegen die Rekurrenten der rechtlichen Grundlage entbehre und die Rekurrenten nicht als fallit zu betrachten seien. In der Weigerung, dies auszusprechen und folgeweise den Rekurrenten das politische Stimmrecht nach § 25 der zugerschen Kantonsverfassung zu gewähren, liege eine Verletzung des genannten § 25, sowie des Art. 61 der Bundesverfassung, wonach rechtskräftige Civilurtheile in der ganzen Schweiz vollstreckbar seien und eine Rechtsverweigerung.

G. Das Obergericht des Kantons Zug bezog sich in seiner Vernehmlassung im Wesentlichen auf die Begründung des angefochtenen Entscheides und fügte bei: Nachdem die Rekurrenten im Jahre 1873 vom Kantonsgerichte mit ihrem Gesuche um Rückruf des Fallimentes rechtsgültig abgewiesen worden seien, erscheine die Erörterung der, übrigens zu bejahenden Frage, ob sie auf rechtmäßige Weise ins Falliment gekommen seien, nicht mehr erforderlich. Den durch Gesetz und konstante Gerichtspraxis festgestellten Erfordernissen der Rehabilitation, nämlich Befriedigung oder wenigstens, wenn der Fallit den Rechtsbestand einer Forderung bestreite, einstweilige Sicherstellung sämmtlicher Konkursgläubiger, seien die Rekurrenten nicht nachgekommen. Gegenüber der Stadt Zug mögen die Rekurrenten, wenn sie die Forderung derselben bestreiten, den Rechtsweg betreten, welcher ihnen in dem Revisionsurtheile vom 30. Dezember 1878 ausdrücklich vorbehalten worden sei.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Rekurrenten stützen ihr Begehren, daß der ihnen gegenüber eingetretene Entzug der bürgerlichen Rechte und Ehren als verfassungswidrig aufgehoben werde, einerseits darauf, daß das Konkursverfahren, als dessen Folge die Einstellung im Aktivbürgerrecht erscheine, ungültig, nichtig sei und andererseits auf die Behauptung, daß ihnen die Rehabilitation in verfassungswidriger Weise verweigert werde.

2. In Beziehung auf den ersten Punkt ist nun vor Allem zu bemerken, daß die Voraussetzungen der Konkurseröffnung nicht in der zugerschen Kantonsverfassung, sondern in einem Gesetze, der Falliments ordnung vom 18. Mai 1818 festgestellt sind, daß es sich also jedenfalls nicht um eine Verletzung verfassungs-

mäßiger Rechte, sondern nur um eine Gesetzesverletzung handeln könnte, gegen welche das Bundesgericht keinen Schutz gewähren kann. Uebrigens ist in dieser Beziehung der Rekurs auch verspätet, da die Rekurrenten gegen das ihr Gesuch um Rückruf des Fallimentes abweisende Erkenntniß des Kantonsgerichtes vom Jahre 1873 in nützlicher Frist kein Rechtsmittel ergriffen haben.

3. Was sodann die Frage anbelangt, ob den Rekurrenten die Rehabilitation in verfassungswidriger Weise vorenthalten werde, so ist auch diese Frage unbedingt zu verneinen; denn

a. Die Berufung der Rekurrenten auf Art. 59 Lemma 3 der Bundesverfassung ist eine völlig verfehlte. Es ist den Rekurrenten keineswegs die persönliche Freiheit entzogen worden, um sie zur Bezahlung einer Forderung anzuhalten; es ist vielmehr einfach in Folge des Konkurses gemäß der zugerschen Gesetzgebung eine Schmälerung der Rechtsfähigkeit der Rekurrenten eingetreten, welche, bekanntlich in einer Mehrzahl von Kantonen bestehende, Folge des Konkurses mit keinem zur Zeit in Kraft bestehenden Grundsatze des Bundesrechtes in Widerspruch steht. Um eine Beschränkung der persönlichen Freiheit oder die Verwendung einer solchen als Exekutionsmittel für eine privatrechtliche Forderung handelt es sich dabei überall nicht.

b. Ebensowenig ist die Behauptung der Rekurrenten begründet, daß die zugerschen Behörden sich ihnen gegenüber dadurch, daß sie die von Rekurrenten in ihrem Konkurse bestrittene Forderung der Stadtgemeinde Zug bei Vertheilung der Konkursaktiven sowie bei Prüfung des Rehabilitations-Gesuches ohne vorgängige Feststellung derselben durch richterliches Urtheil berücksichtigten, einer Verletzung der Art. 4 und 58 der Bundesverfassung und der entsprechenden Bestimmungen der zugerschen Kantonsverfassung schuldig gemacht haben. Da der Gemeinschuldner durch die Konkurseröffnung die Disposition über sein Vermögen verliert, so ist eine Anerkennung oder Bestreitung einer angemeldeten Forderung von seiner Seite für deren Feststellung gegenüber der Konkursmasse regelmäßig bedeutungslos, entscheidend ist einzig Anerkennung und Bestreiten seitens der Konkursverwaltung und beziehungsweise der Gläubiger. Auf diesem Standpunkte steht auch unzweifelhaft die zugersche Ge-

setzgebung; denn der Art. 30 der Falliments ordnung, auf welchen die Rekurrenten sich berufen, ertheilt dem Falliten keineswegs die Befugniß, angemeldete Forderungen mit der Befugniß zu beanstanden, daß sie nun als bestritten gerichtlich eingeklagt und festgestellt werden müßten, um zur Befriedigung aus der Konkursmasse zu gelangen, sondern derselbe legt dem Falliten lediglich die Pflicht auf, bei der Auffallsrechnung d. h. im Prüfungstermin gegenwärtig zu sein und die erforderliche Auskunft über die angemeldeten Forderungen zu ertheilen. Dagegen ist es nach Art. 38 und 39 der citirten Falliments ordnung unzweifelhaft Sache der Falliments kommission, zu entscheiden, welche angemeldeten Ansprachen als streitige zur gerichtlichen Beurtheilung verwiesen werden sollen. Eine Rechtsverweigerung, beziehungsweise eine Verletzung des Grundsatzes der Gleichheit vor dem Gesetze und des Prinzips, daß Niemand seinem verfassungsmäßigen Richter entzogen werden darf, lag also zweifellos in der Nichtbeachtung der von Rekurrenten ausgehenden Bestreitung der Forderung der Stadtgemeinde Zug nicht. Ebensowenig liegt eine Verfassungsverletzung darin, daß bei Prüfung des von den Rekurrenten gestellten Rehabilitationsbegehrens die fragliche Forderung der Stadtgemeinde Zug mit in Berücksichtigung gezogen wurde; denn, wenn auch allerdings die durch die Konkursbehörde ausgesprochene Anerkennung dieser Forderung für die Rekurrenten persönlich nicht unbedingt verbindlich ist, es vielmehr diesen freisteht, auf dem Wege des Civilprozesses die Begründetheit derselben zu bestreiten, beziehungsweise die Stadt Zug zur Klage zu provoziren, so kann doch, bevor, sei es auf rechtlichem, sei es auf gütlichem Wege, die im Konkurse angemeldete und anerkannte Forderung der Stadtgemeinde Zug erledigt ist, die Rehabilitation nicht ausgesprochen werden, da es bis dahin an der gesetzlichen Voraussetzung derselben, der Befriedigung sämmtlicher Konkursgläubiger d. h. im Konkurse anerkannter Gläubiger fehlt. Auf den Weg des Civilprozesses sind denn auch die Rekurrenten ausdrücklich durch das Revisionsurtheil vom 30. Dezember 1878 verwiesen worden. Der Grund aus welchem früher die Provokationsklage gegen die Stadtgemeinde Zug verworfen wurde,

nämlich das auch den Civilpunkt erledigende Strafurtheil vom 10. Mai 1869 ist denn auch in Folge des angefochtenen Revisionsurtheils weggefallen.

c. Vollends unerfindlich ist endlich, inwiefern im vorliegenden Falle Art. 61 der Bundesverfassung verletzt sein soll. Abgesehen davon, daß das Urtheil vom 30. Dezember 1878 keineswegs die ihm von den Rekurrenten beigelegte Tragweite hat, indem es die Frage der Rehabilitation offensichtlich gar nicht berührt und über die Rechtsbeständigkeit der Forderung der Stadtgemeinde Zug sich gar nicht ausspricht, vielmehr den Entscheid hierüber den Civilgerichten vorbehält, also in keinem Theile als Civilurtheil zu betrachten ist, handelt es sich hier ja gar nicht um die Vollziehung eines solchen Urtheils in einem andern Kanton, als demjenigen, in welchem es ausgefällt worden ist, während der Art. 61 der Bundesverfassung nur diesen Fall im Auge hat.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird als unbegründet abgewiesen.

V. Vollziehung kantonaler Urtheile.

Exécution de jugements cantonaux.

9. Urtheil vom 10. Januar 1880 in Sachen Bossard gegen Luzern.

A. Nach Erlaß des bundesgerichtlichen Urtheils vom 15. November 1878 (amtl. Sammlung der bundesgerichtlichen Entscheidungen Bd. IV, S. 563) hat die Konkursmasse von Ch. Meigniez in Yverdon die Ansprache für die ihr gegen C. Bossard in Reiden zuerkannte Summe laut den Contumazurtheilen des dortigen Civilgerichts, beide vom 4. August 1877, betragend sammt Kosten 1865 Fr., die exekutive Betreibung angehoben

nach Maßgabe der §§ 309 und 315 des Civilrechts-Verfahrens und § 21 des Betreibungsgesetzes für den Kanton Luzern. Zugleich hat die benannte Masse die exekutive Betreibung angehoben behufs Vollziehung eines dritten Kontumazurtheils, erlassen in Sachen der gleichen Parteien, vom gleichen Civilgericht Yverdon unterm 6. September 1877.

a. für Hauptsumme	Fr.	312 —
b. Zins seit 3. Mai 1877 bis zur Bezahlung und		
c. Prozeßkosten	„	251 75
d. für frühere Kosten ꝛc.	„	18 60
	Fr.	582 35

B. Gegen diese Betreibungen erhob der Schuldner Bossard Einsprache beim zuständigen Gerichtspräsidenten von Reiden und Pfaffnau und verlangte:

a. Sistirung der Betreibung für die im bundesgerichtlichen Urtheil enthaltenen zwei Forderungsposten betragend zusammen 1865 Fr., bis über die Kompensation von Gegenforderungen, die er geltend zu machen habe, entschieden sei;

b. Aufhebung der Betreibung für den dritten Forderungsposten laut Urtheil vom 6. September 1877 von 582 Fr. 35, weil hiefür ein rechtsförmliches vollziehbares Urtheil nicht vorliege.

Mit Urtheil vom 18. April 1879 hat der genannte Gerichtspräsident erkannt:

1. Es sei die angefochtene Betreibung für die obenerwähnten 1865 Fr. nebst Folgen so lange sistirt, bis über die Frage der Kompensation vom kompetenten Richter entschieden sein wird.

2. Für die andern Summen von zusammen 582 Fr. 35 Cts. nebst Folgen sei die Betreibung aufgehoben.

C. Gegen dieses Erkenntniß rekurrirte die Konkursmasse Ch. Meiguiez an das Obergericht des Kantons Luzern, welches laut Urtheil vom 5. Juli 1879 erkannte:

„Das angefochtene außerordentliche Aufrechnungsbot vom 9. De„zember 1878 sei seinem ganzen Umfange nach, jedoch nach Ab„zug der erwähnten 18 Fr. 60 Cts. zu Kräften erklärt, und

„sei die hinsichtlich der Forderungen von 1865 Fr. verfügte Sistirung der Betreibung wieder aufgehoben."

Zur Motivirung dieses Urtheils hat das Obergericht unter Anderm angeführt: daß da das Bundesgericht die Exekution der beiden ersten Urtheile des Bezirksgerichtes Yverdon beschlossen habe, ein kantonaler Richter diesen Entscheid nicht mehr zu sistiren kompetent sei, daß vielmehr der Betriebene die vorgeschützte Einrede der Kompensation eventuell vor Bundesgericht hätte geltend machen sollen; daß auch die gegenüber dem Urtheil vom 6. September 1877 erhobene Einwendung, es liege diesbezüglich kein rechtskräftiges Urtheil vor, nicht begründet sei, denn

a. unter Ziffer 2 a der Motive des angeführten bundesgerichtlichen Entscheides werde der zur Anwendung kommende Art. 65 der Civilprozeßordnung des Kantons Waadt dahin interpretirt, daß mit der Citation vor Friedensrichter der Streit rechtshängig werde;

b. diese Citation wurde im vorliegenden Falle unterm 2. Mai 1877 erlassen und laut Bescheinigung des Gerichtsweibels dem Opponenten am 3. Mai daraufhin zugestellt;

c. allerdings erkläre nun Opponent die im Motiv 2 a des angeführten bundesgerichtlichen Entscheides enthaltene Annahme, daß Opponent zugestanden, erst unterm 4. Mai 1877 Yverdon verlassen zu haben, als unrichtig; allein eine Prüfung dieses faktischen Verhältnisses könne nachträglich von Seite des kantonalen Richters nicht mehr Platz greifen, sondern es möge Opponent die daherige Einwendung als Kassationsgrund vor Bundesgericht selbst geltend machen;

d. die Klage selbst sei sodann unterm 22. Mai 1877, also innert der durch angeführte gesetzliche Bestimmung festgesetzten Frist eingereicht worden.

D. Mittelst Gesuches vom 2. September 1879 gelangt nun Bossard an das Bundesgericht. Ohne die nunmehrige Vollziehbarkeit der beiden ersten Urtheile vom 4. August 1877 zu bestreiten, behauptet Rekurrent, es könne dermalen von einer Vollziehung des Urtheils vom 6. September gl. Jahres keine Rede sein: die Erwägung im bundesgerichtlichen Urtheil dahin gehend, Bossard habe Yverdon erst am 4. Mai verlassen, sei unrichtig:

er sei vielmehr bereits am 3. Mai von dort abgereist, und am gleichen Tage sei die Vorladung vor Friedensrichter erfolgt; Rekurrent sei daher nicht gehörig citirt gewesen. Das Obergericht halte sich aber nicht für kompetent, an dem bundesgerichtlich aufgestellten Thatbestand in irgend einer Weise zu ändern, und folglich bleibe nichts übrig, als daß das Bundesgericht diesen angeblichen Redaktionsfehler korrigire. Rekurrent stellt daher das Gesuch, das Bundesgericht wolle erläuternd, beziehungsweise korrigirend erklären:

a. daß Kasimir Bossard nicht am 4., sondern am 3. Mai Yverdon verlassen habe;

b. daß das Erkenntniß des Obergerichtes des Kantons Luzern, soweit es auf gegentheiliger Annahme basire, hinfällig sei.

In ihrer, vom 15. September 1879 datirten Antwort trägt die Konkursmasse auf gänzliche Abweisung des Rekurses an, aus folgenden Gründen: die beiden Urtheile vom 4. August 1877 werden vom Rekurrenten nicht angefochten; das bezügliche Urtheil des Bundesgerichtes werde anerkannt und die Exekution nicht weiter bestritten. Das Urtheil vom 6. September aber, welches angefochten werde, sei dem Bundesgerichte nicht vorgelegen; wenn dasselbe zu verbessern sei, so sei dieß Sache des Luzerner Obergerichtes. Die Voraussetzungen des Art 197 des eidg. Civilprozeßgesetzes liegen nicht vor.

Eine error facti sei außerdem nicht vorhanden; die Vorladung vor Friedensrichter in Yverdon bezüglich des am 6. September entschiedenen Prozesses sei laut Erklärung des Gerichtsweibels dem Bossard am 3. Mai persönlich in Yverdon zugestellt worden, und dies habe nach dem Urtheile des Bundesgerichtes die Litispendenz zur Folge. Eine Kassationsbeschwerde werde nicht erhoben; auch werde eine Verletzung der kantonalen oder Bundesverfassung nicht behauptet und es könne daher eine Kassation des Urtheils des Luzerner Obergerichts nicht eintreten.

In seiner Replik betont Rekurrent namentlich, daß das Urtheil vom 6. September, um rechtskräftig zu werden, ihm in seinem Wohnsitz in Reiden hätte zugestellt werden müssen, und daß, da dieses nicht geschehen sei, die Gestattung der Vollziehung eines nicht rechtskräftigen Urtheils gegen den § 61 der

Bundesverfassung verstoße; es müsse daher das Erkenntniß des luzernischen Obergerichtes aufgehoben werden.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Dem ersten rekurrentischen Begehren um Erläuterung resp. Korrektur einer, im bundesgerichtlichen Urtheile vom 15. November 1878 enthaltenen, angeblich irrthümlichen Angabe kann nicht Folge gegeben werden, denn

a. nach dem Wortlaut des Art. 197 des Bundesgesetzes über das Civilverfahren vom 22. November 1850 darf eine derartige Erläuterung oder Berichtigung nur dann verfügt werden, wenn die Bestimmungen eines Urtheils dunkel, unvollständig, zweideutig oder sich widersprechend sind, sowie wenn dieselben Redaktions- oder Rechnungsfehler enthalten. Nun wird vom Rekurrenten nicht einmal behauptet, daß der von ihm beanstandete Passus einen derartigen Mangel aufweise, sondern lediglich daß er einen faktischen Irrthum enthalte. Von einer Erläuterung im Sinne des Begehrens kann also keine Rede sein, und wäre dasselbe schon aus diesem formellen Grunde abzuweisen.

b. Ein faktischer Irrthum ist übrigens keineswegs in der vom Rekurrenten angeführten Angabe des questionirlichen bundesgerichtlichen Urtheils nachweisbar. Gegentheils, Bossard hatte in einem, schon im früheren Rekurse produzirten und gegenwärtig wieder bei den Akten befindlichen Briefe an seinen Anwalt selbst erklärt, daß er Yverdon erst am 4. Mai verlassen habe; der Umstand, daß in diesem Aktenstück die Ziffer 4 später in ein 3 verwandelt worden, vermag den früher festgesetzten Thatbestand nicht zu ändern, und ist obendrein ganz unerheblich, da es zur Begründung der Zuständigkeit des Gerichtes von Yverdon genügte, daß Rekurrent an diesem letzten Tage (3. Mai) dort seinen Wohnsitz noch gehabt hatte.

2. Dem zweiten Begehren des Rekurrenten betreffend Aufhebung des luzernischen obergerichtlichen Urtheils wegen Verletzung von Art. 58 und 59 der Bundesverfassung kann ebensowenig entsprochen werden.

Abgesehen davon, daß Rekurrent nicht etwa die Aufhebung des Yverdoner Urtheils vom 6. September, sondern diejenige eines Erkenntnisses des Obergerichtes von Luzern verlangt, wo Bossard

offenbar zur Zeit der Fällung dieses letztern Entscheides sein Domizil und seinen natürlichen Richter hatte, involvirt jedenfalls das obergerichtliche Urtheil dadurch, daß es die Exequirbarkeit jenes Yverdoner Erkenntnisses ausspricht, keine Verletzung der angerufenen Verfassungsbestimmungen. Denn es steht durch die Citation des Gerichtsweibels von Yverdon fest, daß die Vorladung vor Friedensrichter in diesem Prozesse dem Rekurrenten persönlich am 3. Mai Mittags in Yverdon eingehändigt wurde, eine Thatsache, welche die Rechtshängigkeit nach Art. 65 des waadtländischen Civilprozesses sofort und ohne Weiteres nach sich zog. Bossard hatte also zur Zeit der Anhängigmachung des Prozesses seinen Wohnsitz noch in Yverdon, und er mußte folglich vor dem Richter seines damaligen Domizils gesucht werden.

3. Das Luzerner Obergericht hat in richtiger Anwendung des Art. 61 der Bundesverfassung die Exekution jenes rechtskräftig gewordenen Yverdoner Urtheils gestattet, und so erweist sich auch die auf angebliche Verletzung obgenannten Artikels gegründete Beschwerde des Rekurrenten als völlig grundlos.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Gesuche des C. Bossard sind als unbegründet abgewiesen.

VI. Kompetenz der Bundesbehörden.

Compétence des autorités fédérales.

Des Bundesgerichtes. — Du Tribunal fédéral.

10. Urtheil vom 16. Januar 1880 in Sachen Bankkommission der St. Gallischen Kantonalbank gegen den Kanton St. Gallen.

A. Nach Gesetz, erlassen am 8. März 1867, in Kraft getreten am 9. Mai gleichen Jahres, besteht in St. Gallen eine Bank unter dem Namen „St. Gallische Kantonalbank," die nach Art. 1

des Gesetzes auf Rechnung und unter der Verwaltung und Garantie des Staates errichtet worden ist und nach Art. 23 zu Gunsten des Staates ihre Geschäfte betreibt. Nach Art. 30 dieses Gesetzes wird die Verwaltung dieser Bank unter der Oberaufsicht des Regierungsrathes von einer aus sieben Mitgliedern bestehenden Bankkommission und die Geschäftsführung von einem Spezialdirektor besorgt. Ein Mitglied dieser Bankkommission wählt der Regierungsrath aus seiner Mitte, die übrigen sechs Mitglieder der Große Rath. Die Bankkommission wählt den Präsidenten aus ihrer Mitte, und ebenso wählt sie den Bankdirektor.

Nach Art. 31 der Vollziehungsverordnung zum Bankgesetz vom 23. September 1867, werden die Mitglieder der Bankkommission vom Regierungsrathe beeidigt, und nach Art. 32 ibidem sind dieselben für getreue und genaue Beobachtung der betreffend die Verwaltung und den Geschäftsbetrieb der Bank bestehenden Vorschriften verantwortlich.

B. Am 5. November 1873 schloß die st. gallische Kantonalbank mit Herrn James Mayer in St. Gallen betreffend Mitwirkung der Bank bei der Liquidation des Effektenbestandes des Herrn J. Mayer einen Vertrag ab, in Folge dessen der st. gallischen Kantonalbank unbestrittenermaßen ein Schaden von mehr als einer halben Million Franken erwächst, resp. erwachsen ist.

C. Dieses Verhältniß kam im Regierungsrathe und im großen Rathe zur Sprache und letzterer beschloß am 5. Juni 1877: „Es sei der Bankausschuß, der Bankdirektor und die Bankkommission auf den Amtsperioden vom 1. Januar 1871 bis 31. Dezember 1876 für allen Schaden, der der Kantonalbank aus dem mit James Mayer abgeschlossenen Vertrag vom November 1873 entstanden ist und ferner entstehen würde, verantwortlich und haftbar erklärt, und es sei nach dem Gesetz über Klagen gegen Behörden und Beamte vom Jahr 1833 gegen die genannten Organe der Bankverwaltung mit Einschluß des Bankdirektors Klage auf Schadensersatz beim Regierungsrath zu erheben."

Gleichzeitig wählte der Große Rath eine Prozeßkommission mit der speziellen Aufgabe, den Prozeß gegen die Verwaltung der Kantonalbank zu betreiben.

D. Der Regierungsrath hatte dem Großen Rathe in seiner Sitzung vom 5. Juni 1877 den Antrag gestellt: „Es sei auf „den Fall, als gegen alle oder einzelne Mitglieder der Bankver„waltung nach Maßgabe des Gesetzes vom 24. Mai 1833 und „nach Ermittelung des Schadens Klage auf Schadensersatz an„gehoben und vom Regierungsrathe gerichtliche Einleitung gegen „wen immer beschlossen würde, der Rechtsstreit mit Umgehung „der kantonalen Instanzen an das Bundesgericht zu leiten." Dieser Antrag wurde jedoch abgelehnt.

E. Die erwählte Prozeßkommission bestellte ihrerseits in der Person des Herrn Dr Dresseli einen Prozeßführer und stellte beim Regierungsrath unterm 1. Oktober 1877 folgenden Antrag: „Es „wolle der Regierungsrath nach vorgenommenem Untersuch über „die Klage beschließen, der Anklagezustand sei begründet und die „beklagten Organe der Bankverwaltung mit Einschluß des Bank„direktors seinen mittelst Amtsklage dem Richter zur Entschei„dung der Schuld und Zurechnungsvorfrage wegen Vorsatz und „grober Fahrlässigkeit nach Anleitung des Gesetzes über Klagen „gegen Behörden und Beamte vom 24. Mai 1833 einzuleiten."

F. Die Rekurrenten gaben hierauf beim Regierungsrathe die schriftliche Erklärung ab, daß sie den kantonalen Gerichtsstand ablehnen und das bundesgerichtliche Forum gemäß Art. 27, Ziffer 4 des eidg. Organisationsgesetzes für sich in Anspruch nehmen. Allein der Regierungsrath lehnte nach vorgenommener Untersuchung das in dieser Erklärung enthaltene Begehren ab, und beschloß am 25. Mai 1878:

„I. Gegenüber den Mitgliedern der Bankkommission:

„1. Kantonsrichter Züblin-Hauser in St. Gallen,

„2. Präsident Wirth-Sand in St. Gallen,

„3. Hauptmann Mettler-Tobler in St. Gallen,

„4. Kantonsrath Wäspe-Wälle in Wattwyl,

„5. Oberstlieutenant A. Gölde in London,

„6. Kantonsrichter Jakob Sequin in Utznach,

„7. Präsident Leonhard Gmür sel., resp. dessen Erben in St. Gallen,

„8. Bankdirektor Saxer in St. Gallen,

„ist der Anklagezustand begründet. Dieselben werden demnach zur

„Entscheidung der Zurechnungsvorfragen gemäß Art. 2 des Ge-
„setzes über Behandlung von Klagen gegen Behörden und Beamte
„an das Bezirksgericht St. Gallen überwiesen.

„II. Bezüglich des Herrn Regierungsrath Kehl steht dem Re-
„gierungsrath keine Entscheidungsbefugniß zu.

„III. Gegenüber dem Herrn Nationalrath Huber in Wallen-
„stadt ist die Klage abgewiesen."

G. Regierungsrath Kehl gab unterm 4. Juni 1878 zu Handen der Prozeßkommission die Erklärung ab, daß er auf das Recht, nach Maßgabe des Gesetzes über Verantwortlichkeit der Mitglieder des Regierungsrathes vom 24. Mai 1833 behandelt zu werden, verzichte und bereit sei, mit denjenigen Mitgliedern der Bankkommission, — mit Ausschluß des Bankausschusses, — mit welchen er bereits in Gemeinschaft auch seine Vernehmlassung abgegeben habe, den gegen dieselben eingeleiteten Prozeß mitzubestehen.

H. Zur Führung der Amtsklage betreffend die Zurechnung im Sinne von Art. 2 des Verantwortlichkeitsgesetzes wählte der Regierungsrath einen Staatsanwalt ad hoc und zwar ebenfalls den Herrn Dr Dresseli. Dieser stellte unterm 17. April 1879 beim Bezirksamt St. Gallen den Antrag, es seien die Mitglieder der Bankkommission an das Bezirksgericht St. Gallen zu überweisen, damit dasselbe über die Vorfrage der Zurechnung gemäß Art. 2 des Gesetzes von 1833 entscheide.

Das Bezirksamt St. Gallen leitete mittelst Schreibens vom 18. April 1879 die Rekurrenten dem Bezirksgerichte zu „zur Entscheidung der Zurechnungsvorfrage" nach besagtem Artikel 2.

I. Beim Bezirksgericht entstand hierauf die Frage, ob der eingeleitete Prozeß als Straffall oder als Civilfall zu betrachten und demgemäß in die Kontrolle der Straffälle oder der Civilfälle einzutragen sei.

Das benannte Gericht hat hierauf am 23. Mai 1879, in Erwägung:

1. Daß die Begriffe von „Vorsatz" und „grober Fahrlässigkeit" in Art. 2 des Gesetzes über Behandlung von Klagen gegen Beamte von 1833 allerdings wesentlich in das Gebiet des Strafrechtes gehören, die Aufnahme eines Untersuches zur Begrün-

bung einer Amtsklage auf Zurechnung dem ganzen Verfahren den Stempel eines Strafprozesses aufzudrücken geeignet ist.

2. Daß hinwieder der Ingreß des citirten Gesetzes ausdrücklich besagt, warum ein Beamter nicht auf dem Privatwege gerade so wie jeder andere Bürger, für zugefügten Schaden belangt werden könne, namentlich deßhalb nicht, um nicht jeden Augenblick einem kostspieligen Civilprozeß ausgesetzt werden zu können, daß aber speziell der Art. 4 leg. cit. es geradezu ausspricht, es sei eine solche Schadensersatzklage (im Falle der Verweigerung der Amtsklage) auf dem gewöhnlichen Wege Rechtens (beim Vermittler) anhängig zu machen.

3. Daß auch das Vormundschaftsgesetz in Art. 10 die Waisenämter, welche als Geldverwalter noch am ehesten Aehnlichkeit mit einer Bankverwaltung hätten, sogar ohne vorhergehendes gerichtliches Zurechnungsverfahren an den Civilrichter weist.

4. Daß der Art. 20 B I, litt. e proc. civ. Schadensersatzklagen gegen Beamte klar und präzis als Civilprozesse statuirt und daß auch das Kantonsgericht seit 1866 bei diversen Fällen diese Auffassung getheilt hat.

5. Daß demzufolge mehr Gründe dafür sprechen, der vorliegende Prozeß sei in seiner Totalität ein Civilprozeß, woran das Stadium der „Zurechnungsvorfrage," wie es vom Staatsanwalt ad hoc benannt wird, mit seinen Ausnahmsformen nichts verschlägt, beschlossen, die Gerichtskanzlei sei anzuweisen, den gegenwärtigen Fall in die Einleimkontrolle für Civilfälle einzutragen, und im Uebrigen solle dieser Bescheid, weil gefaßt ohne Vorlage von Parteibegehren und deren zweiseitige Beleuchtung, in Sachen nach keiner Richtung hin Präjudiz geschaffen haben.

K. Am 7. Juli 1879 erhielten die Rekurrenten Vorladung vor Bezirksgericht St. Gallen auf Freitag den 25. Juli 1879 „als Beklagte in der Streitsache gegen den Staat St. Gallen puncto Zurechnung und eventuell Entschädigungsforderung Red' und Antwort zu geben."

L. Am 31. Juli 1879 leiteten die Rekurrenten ihren gegenwärtigen Rekurs beim Bundesgerichte ein, indem sie dafür hielten, der Beschluß des Regierungsrathes vom 25. Mai 1878, der innen nicht insinuirt, und wonach ihr Begehren, vom Bun-

bezgericht beurtheilt zu werden, abgewiesen worden sei, und die Annahme der Klage seitens des Regierungsrathes St. Gallen verletze ihre verfassungsmässigen Rechte, denn die Klage werde aus einer civilrechtlichen Verschuldung abgeleitet, und der Zweck sei nicht die Bestrafung der Rekurrenten, sondern Ersatz des durch diese Verschuldung entstandenen Schadens. Wenn das Gesetz über Verantwortlichkeit der Behörden und Beamten in Art. 2 die Bestimmung enthalte, daß zuerst nur darüber zu erkennen sei, ob die betreffende Handlung dem Beamten zum Vorsatz oder zur groben Fahrlässigkeit anzurechnen sei, so werde damit nichts anderes gesagt, als daß zuerst nur über die Schadensersatzpflicht zu erkennen, und erst wenn über diese erkannt sei, in einem neuen Prozeß der Betrag des zu ersetzenden Schadens festzustellen sei. Werde eine Strafsentenz gegen den fehlbaren Beamten bezweckt, so müsse nach Art. 6 leg. cit. verfahren werden. Die Frage der Schadensersatzpflicht sei im Schadensersatzprozeß die wesentlichste, und da der Schadensersatzprozeß in seiner Totalität civilrechtlicher Natur sei, so sei es nicht minder der wesentliche Theil desselben. Es handle sich also in der That um eine civilrechtliche Streitigkeit.

Nicht minder treffe für das bundesgerichtliche Forum das zweite in Art. 27 des Organisationsgesetzes aufgestellte Erforderniß zu, daß ein Kanton Prozeßpartei sein müsse. Der Kanton St. Gallen sei Bankhalter. Die Klage werde aus Auftrag des Großen Rathes Namens des Staates angehoben. Nicht minder sei unzweifelhaft, daß der Streitgegenstand einen Streitwerth von mehr als 3000 Franken habe, denn in Folge des Vertrages mit J. Mayer sei ein Schaden von mehr als 500000 Fr. erwachsen. Demnach seien alle Requisite des Art. 27 des Organisationsgesetzes, welche für die Kompetenz des Bundesgerichtes erforderlich seien, vorhanden und die Beklagten hätten daher nach Art. 110 Ziffer 4 der Bundesverfassung ein verfassungsmäßiges Recht, zu verlangen, daß die gegen sie gerichtete Klage vom Bundesgericht beurtheilt werde. Der Beschluß des Regierungsrathes, wonach sie an die kantonalen Gerichte verwiesen werden, verletze dieses Recht und der Rekurs erscheine daher nach Art. 59 litt. a des Organisationsgesetzes als begründet.

M. Namens des Kantons St. Gallen wird Abweisung des Rekurses beantragt. Der Vertreter des Kantons führt zur Unterstützung dieses Antrages namentlich Folgendes an:

a. Es handle sich bei der vor Bezirksgericht St. Gallen gemäß Art. 2 des Verantwortlichkeitsgesetzes erhobenen Klage nicht um eine civilrechtliche Streitigkeit, sondern bloß um die Frage, ob dem Fiskus das Recht zur Anhebung einer Schadensersatzklage geöffnet werden soll oder nicht, und der Entscheid dieser Frage hange lediglich von der Beantwortung der weitern Frage ab, ob sich die Beklagten in ihrer Amtsführung eines Vergehens, einer Pflichtverletzung, sei es aus Vorsatz oder grober Nachlässigkeit, schuldig gemacht haben. Diese Frage sei strafrechtlicher Natur, und da im Gebiete des Strafrechtes und des Strafprozesses die Kantone souverain seien, so mangle dem Bundesgerichte die Kompetenz, sich in den Gang des bezüglichen Prozesses zu mischen. Wenn dem Kanton das Recht zur Anhebung der Schadensersatzklage geöffnet sein werde und derselbe von diesem Rechte Gebrauch mache, dann könne erst die Frage entstehen, ob den Beklagten das Recht des bundesgerichtlichen Forums zukomme oder nicht. Entsprechend ihrer Natur als Strafprozeß sei die Klage auch nicht vom Vertreter des Fiskus, sondern vom Staatsanwalte geführt worden, und die Einleitung des Prozesses erfolge durch das Bezirksamt. Es sei also eine Amtsklage und die Regierung erscheine dabei nicht als Vertreter des Fiskus sondern als Vertreter der hoheitlichen Gewalt, als Organ der Staatsordnung.

b. Die Rekurrenten werden auch nicht als Private belangt, sondern als Beamte. Sie werden einer pflichtwidrigen Amtsführung beschuldigt, und der Richter werde bloß angerufen um zu entscheiden, ob sie sich dieses Vergehens schuldig gemacht haben. Es fehle daher auch das zweite Requisit des Art. 27 Ziffer 4 des Organisationsgesetzes, das Vorhandensein eines Privaten oder einer Korporation.

c. Ferner sei nicht der Kanton als Bankhalter oder der Fiskus Kläger, sondern wie schon gesagt, die Regierung als Organ der öffentlichen Ordnung im Interesse dieser. Also mangle auch das dritte Requisit der Ziffer 4 des Art. 27 des Organisationsgesetzes, das Vorhanden sein eines Kantons als Prozeßpartei.

d. Endlich sei noch keine Forderung eingeklagt, weder 3000 Franken, noch mehr, noch weniger. Das Bundesgericht sei aber nur kompetent, wenn der Streitgegenstand einen Hauptwerth von wenigstens 3000 Fr. habe. Zur Zeit sei also auch das vierte Requisit des Art. 27 nicht vorhanden.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Nach Art. 110 Ziffer 4 der Bundesverfassung und Art. 27 Ziffer 4 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 27. Juni 1874 beurtheilt das Bundesgericht civilrechtliche Streitigkeiten zwischen Kantonen einerseits und Korporationen oder Privaten andererseits, wenn der Streitgegenstand einen Werth von wenigstens 3000 Fr. hat. Sofern diese für die Kompetenz des Bundesgerichtes festgesetzten Requisite vorhanden sind, hat jede Partei das Recht zu verlangen, daß ihr Prozeß anstatt von den kantonalen Gerichten, durch das Bundesgericht beurtheilt werde. Im vorliegenden Falle bestreitet die Regierung von St. Gallen, daß jene Voraussetzungen vorhanden seien, weßhalb die Rekurrenten den Rekurs an das Bundesgericht, gemäß Art. 59 des Organisationsgesetzes, ergriffen haben. Mag man nun den Rekurs als gegen den Beschluß des Regierungsrathes, oder gegen die Vorladung der Rekurrenten vor die St. Galler Behörden gerichtet betrachten, so ist nicht bestritten, daß man sich im einen wie im andern Falle vor einer Verfügung kantonaler Behörden befindet, und das Bundesgericht ist nach Maßgabe des citirten Art. 59 kompetent, die vorliegende Beschwerde zu prüfen.

2. Es entsteht daher nur die Frage, ob die, entgegen dem seitens der Rekurrenten gestellten Begehren auf Ueberweisung der Sache an das bundesgerichtliche Forum, erfolgte Verweisung an die kantonalen Gerichte eine Klage zum Gegenstand habe, die nach Art. 110 Ziffer 4 der Bundesverfassung und Art. 27 Ziffer 4 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege ans Bundesgericht gebracht werden kann.

3. Solche Klagen müssen nach dem oben Gesagten folgende Eigenschaften aufweisen:

a. sie müssen eine civile Streitigkeit betreffen;

b. eine der beiden Parteien muß ein Kanton sein;

c. die andere Partei muß ein Private oder eine Korporation sein und

d. der Streitgegenstand muß einen Hauptwerth von wenigstens 3000 Fr. haben.

Nun treffen bezüglich der gegen die Rekurrenten beim Bezirksgerichte St. Gallen eingeleiteten Klage diese sämmtlichen Voraussetzungen zu.

4. Diese Klage erscheint zuerst als eine Streitigkeit offenbar civilrechtlicher Natur, denn

a. die durch die Regierung gegen die Bankmitglieder wegen pflichtwidriger Verwaltung angestrengte Klage geht nicht etwa auf Bestrafung dieser Beklagten gemäß Art. 6 des Gesetzes über Behandlung von Klagen gegen Behörden und Beamte vom 24. Mai 1833, in welchem Fall nach dem st. gallischen Strafgesetzbuch und Kriminalprozeß eine Untersuchung durch besondere Beamte hätte vorausgehen müssen, was unstreitig nicht geschah, sondern lediglich, nach Art. 1 bis 5 des obgenannten Gesetzes von 1833, auf Feststellung der civilen Verantwortlichkeit der betreffenden Beamten, behufs Gründung eines später gegen sie geltend zu machenden eigentlichen Anspruches auf Schadensersatz.

b. Der Beschluß des Großen Rathes vom 5. Juni 1877 ertheilt nur die Weisung, eine „Klage auf Schadensersatz, gegen die Rekurrenten beim Regierungsrath" zu erheben, und der Große Rath hat in gleicher Sitzung der sog. Prozeßkommission auch nur in diesem Sinne Vollmacht ertheilt.

c. Die Prozeßkommission hat dem von ihr bestellten Prozeßführer nur Vollmacht gegeben, den Schadensersatzprozeß vor allen zuständigen Behörden und Instanzen durchzuführen; dieser Anwalt bezeichnet auch demgemäß mit dem Namen Schadensersatzklage das dem Regierungsrathe eingereichte Rechtsbegehren, welches auf nichts anderes geht, als daß ihm resp. seinem Vollmachtgeber das Recht zur Anhebung einer Schadensersatzklage geöffnet werde.

d. Der Beschluß des Regierungsrathes vom 25. Mai 1878 überweist die Rekurrenten nur gemäß Art. 2 des Gesetzes von 1833 an das Bezirksgericht St. Gallen, und dieser Art. 2 stellt sich als bloße Ausführungsbestimmung des Art. 1 dar, welcher

nur von „Schadensersatzklagen gegen Behörden oder Beamtete" handelt. Die Ueberweisung hat folglich nur zum Zwecke der Verfolgung eines civilen Anspruches stattgefunden.

e. Die Rekurrenten wurden am 7. Juli 1879 vor Bezirksgericht geladen „puncto Zurechnung und eventuell Entschädigungsforderung," und dieses Gericht hat auch die Klage für eine civilrechtliche erklärt und sie demgemäß in die Kontrolle der Civilprozesse und nicht der Strafprozesse eingetragen.

f. Der Vertreter des Staates behauptet keineswegs, daß der Zweck des eingeleiteten Prozesses die Bestrafung der Rekurrenten sei, und in den Akten befindet sich nirgends die Angabe, es sei auf Einleitung eines Strafprozesses abgesehen. Der Anwalt des Staates erklärt im Gegentheil, daß er durchaus nicht das Vorhandensein eines strafrechtlichen Dolus annehme, sondern daß ihm nur darum zu thun sei, die Existenz eines civilrechtlichen Dolus nachzuweisen, eine Frage, welche unzweifelhaft eine civilrechtliche Streitigkeit begründet. Dazu kommt noch, daß die Klage auch gegen die Erben des verstorbenen Leonhard Gmür gerichtet ist, was doch unmöglich wäre, wenn ein Strafrecht und nicht ein Civilspruch in Frage stünde.

Es geht endlich auch aus dem Umstande, daß auch der Private im Falle der Ablehnung der Amtsklage genau dieselbe Klage führen muß, um zu seinen civilrechtlichen Ansprüchen zu gelangen, die der Amtskläger zu führen hat, deutlich hervor, daß der rechtliche Charakter dieser Klage nur der einer Schadensersatzklage sein kann.

g. Daß der angehobenen Klage jedweder strafrechtliche Charakter abgeht, und daß das in Sachen eingeleitete Verfahren von einem Strafverfahren grundverschieden ist, erhellt außerdem per analogiam aus dem Art. 34 des st. gallischen Civilprozesses, wo es unter anderm heißt: „Beschwerden über Mißbrauch oder Ueberschreitung der Amtsgewalt, ungebührliches Benehmen bei Ausübung des Amtes u. s. w. sind beim kleinen Rathe einzugeben, welcher, falls er dieselben begründet findet, entweder die verzeigte Behörde oder Amtsperson zu Erfüllung ihrer Pflicht anhalten, oder die Strafeinleitung verhängen, oder das im Gesetz über die Verantwortlichkeit der Beamten und

Behörden vorgeschriebene Verfahren anordnen wird." Außerdem ist noch auf Art. 1 des st. gallischen Civilprozesses hinzuweisen, welcher statuirt, „daß die Bestimmungen dieses Gesetzes für alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten gelten, in soweit nicht besondere Vorschriften, wie z. B. über Schadensersatzklagen gegen Beamte u. s. f. eine Ausnahme begründen." Daraus folgt, daß die Schadensersatzklagen gegen Beamte auch zu den bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten gehören und nur in Bezug auf das Prozeßverfahren einer Ausnahme unterworfen sind.

5. Der Umstand, daß das St. Galler Verfahren den Prozeß in zwei Theile spaltet, nämlich in einen wo nur die Pflicht zur Verantwortlichkeit, die sog. Zurechnung festgestellt, und in einen zweiten, wo die Größe des zu leistenden Ersatzes bestimmt wird, vermag nicht jenem ersten Prozeßmomente die Natur eines civilen Verfahrens zu benehmen, welche ihm ja als Eigenschaft eines Prozesses um ein bloßes Vermögensrecht zukommt. Diese beiden Phasen des Prozesses bilden ein Ganzes, welchem sein ausgesprochener vermögensrechtlicher Zweck das civile Gepräge aufdrückt. Die von der Regierung aufgestellte Behauptung daß die kantonalen Gerichte über die prinzipielle und wichtigere Frage der Zurechnung zu entscheiden hätten, während dem Bundesgerichte nur die Feststellung der Höhe des etwaigen Schadensersatzes übrig bleibe, würde entschieden gegen Sinn und Geist der Bestimmung des Art. 110 Ziffer 4 der Bundesverfassung verstoßen, welche gerade bezweckt, vom Bundesgerichte selbständig, d. h. ohne an das Urtheil eines andern Richters gebunden zu sein, die ganze Frage, soweit sie civilrechtlicher Natur ist, beurtheilen zu lassen.

Es darf hier übrigens nicht außer Acht gelassen werden, daß in seiner ersten Auffassung des ganzen Rechtsverhältnisses der Regierungsrath selbst und zwar in seiner Botschaft an den Großen Rath vom 23. Mai 1877 sich dahin ausgesprochen hat, daß auch der Entscheid über die sog. Zurechnungsvorfrage gemäß Art. 27 Ziffer 4 des Organisationsgesetzes dem Bundesgerichte zukomme und daß daher der Rechtsstreit in seinem ganzen Umfange an das Bundesgericht gezogen werden könne.

6. Der Einwurf des Rekursbeklagten, daß Art. 110 Ziffer 4

der Bundesverfassung auch deßhalb nicht zutreffe, weil die Rekurrenten nicht als Private, sondern als Beamte belangt werden, ist durchaus unstichhaltig, da der Beamte als solcher nicht das Subjekt von Vermögensrechten sein kann. Jede auf Bezahlung einer Geldsumme gerichtete Klage kann ihn nur als Privatperson treffen. Eine Schadensersatzklage kann daher nur gegen Private geführt werden.

7. Daß die Rekurrenten den Kanton St. Gallen als Gegenpartei vor sich haben, folgt schon daraus, daß der Große Rath die auf Schadensersatz gerichtete Klage angestrengt hat, und ferner aus dem weitern Grund, daß die eigens zu diesem Zwecke bestellte Prozeßkommission nur den Kanton vertreten kann, da sie von der Bank keinerlei Vollmacht in dieser Beziehung empfangen hat.

8. Endlich entbehrt auch der letzte Einwurf des Rekursbeklagten, wonach der Streitwerth in concreto nicht 3000 Franken betragen sollte, jeder Begründung.

Der Große Rath hat nämlich den Auftrag gegeben, den gesammten Schaden einzuklagen, nnd der Prozeßführer bestreitet nicht, es thun zu wollen. Nun behaupten die Rekurrenten dieser Schaden betrage über eine halbe Million Franken, und der Rekursbeklagte hat sich nicht veranlaßt gesehen, solche Angabe irgend zu bestreiten. Daß die angestrengte Ersatzsumme bis jetzt noch nicht präzisirt wurde, hat seinen Grund lediglich gerade in dem Umstande, daß nach St. Galler Gesetz, wie bereits betont, bei derartigen Schadensersatzklagen zuerst bloß über die Schadensersatzpflicht im Prinzipe entschieden werden soll. Aber es unterliegt durchaus keinem begründeten Zweifel, daß der in Wirklichkeit von dem Kanton St. Gallen durch den Prozeß verfolgte Ersatz sich auf weit mehr als 3000 Fr. beziffert.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs ist begründet in dem Sinne, daß der gegen die Rekurrenten vom Kanton St. Gallen angestrengte Schadensersatzprozeß, einschließlich der Zurechnungsvorfrage, ohne Zustimmung der Beklagten nicht durch die kantonalen Gerichte entschieden werden darf.

11. *Arrêt du 28 Février 1880,*
dans la cause de la Compagnie du chemin de fer du Simplon.

A. Les 6/17 Février 1866 et 7 Juin 1867, le Canton du Valais a accordé à la Compagnie de la ligne internationale d'Italie par le Simplon, une concession en vue de la construction et de l'exploitation d'un chemin de fer sur territoire valaisan, laquelle porte à son art. 52 la disposition suivante : « Les » propriétés provenant de la présente concession, ainsi que » toutes les constructions que les concessionnaires pourront y » faire établir pour le service du chemin de fer, sont exemptes » de tout impôt foncier pendant la durée de la concession. »

B. Par arrêté fédéral des 20/23 Décembre 1872 cette concession fut retirée, et, dans la nouvelle concession votée le 24 Septembre 1873 par l'Assemblée fédérale, la libération de l'impôt foncier fut maintenue ; l'art. 26 bis de cette concession statue que « l'exemption de tout impôt foncier pendant la » durée de la concession pour tous les immeubles et toutes » les constructions dépendant du chemin de fer est maintenue » en faveur de la Compagnie, conformément à l'art. 52 de » l'ancienne concession. »

Par décision du 26 Février 1874, le Conseil fédéral, complétant les conditions d'enchères du 28 Novembre 1873, a ordonné qu'il serait inséré au procès-verbal une nouvelle clause statuant « que le Tribunal fédéral est seul compétent » pour prononcer sur les contestations de droit privé qui » pourraient s'élever, ensuite de l'adjudication de cette ligne, » entre l'adjudicataire d'une part et l'ancienne Compagnie » de la ligne d'Italie, l'Etat du Valais ou des tiers, d'autre » part. »

Conformément à la concession et aux conditions d'enchères susvisées, la Compagnie actuelle du Simplon est devenue adjudicataire de cette ligne, le 16 Mars 1874.

C. L'Etat du Valais ainsi que plusieurs Communes valaisannes estimant que la libération de l'impôt foncier ne s'étend qu'aux terrains appartenant à l'emprise de la ligne, récla-

mèrent de la Compagnie le payement de cet impôt pour des parcelles ne servant pas à l'exploitation du chemin de fer.

Par office du 10 Avril 1878, la Compagnie réclame auprès du Conseil d'Etat du Canton du Valais contre cette prétention, en faisant valoir que les dispositions de la concession et des conditions des enchères sont conçues en termes aussi généraux que possible ; que tous les immeubles possédés par elle en Valais lui ont été adjugés ensuite d'une seule et même enchère publique ; que l'achat des dits excédants avait été imposé à la Compagnie par l'art. 4 de la loi fédérale sur les expropriations du 1er Mai 1850; que l'application de cette loi était une des conséquences de la concession; et enfin que ces parcelles n'ont aucune valeur, puisqu'elles ne produisent rien et qu'il serait impossible de les vendre.

Le Conseil d'Etat répondit que l'ancienne Compagnie de la ligne d'Italie avait toujours payé sans opposition les impôts dont il s'agit, et qu'il ne croyait dès lors pas devoir revenir de l'interprétation par lui donnée à la concession.

La Compagnie du Simplon ne se contenta point de cette réponse. Ayant reçu en Novembre 1878 sommation de la part de la commune de Saint-Léonard de payer 36 fr. 25 cent. pour impôt foncier sur des parcelles de terrain sises sur ce territoire, la dite Compagnie s'opposa à cette réclamation par exploit du 12 Décembre suivant, en se fondant d'une part sur ce que l'art. 26 bis de sa concession l'exempte de tout impôt foncier pour tous ses immeubles, et d'autre part sur la compétence exclusive du Tribunal fédéral pour trancher un semblable litige.

La Commune de Saint-Léonard ayant conclu, auprès du Conseil d'Etat du Valais, au mis de côté de cette opposition, la Compagnie, tout en maintenant son droit de libération de tout impôt foncier, contesta de nouveau la compétence des autorités valaisannes en l'espèce.

Par décision du 24 Septembre 1879, le Conseil d'Etat du Valais s'est déclaré compétent pour statuer sur le différend, et a débouté la Compagnie du Simplon de son opposition au

payement de l'impôt communal de Saint-Léonard, en se fondant en substance sur les considérations suivantes :

L'art. 8 de la loi valaisanne sur l'organisation du Tribunal Contentieux de l'Administration attribue au Conseil d'Etat la compétence de décider de la répartition des charges publiques tant cantonales que locales et de l'application des lois des finances. La compétence du Tribunal fédéral, aux termes de l'art. 39 de la loi fédérale du 23 Décembre 1872 sur l'établissement et l'exploitation des chemins de fer, n'est admise en pareille matière que pour les contestations de droit privé entre la Confédération et une Compagnie de chemin de fer. L'arrêté fédéral du 24 Septembre 1873 portant concession du chemin de fer de la ligne d'Italie par le Simplon ne reconnaît point au Tribunal fédéral le droit d'intervenir dans le cas donné ; l'art. 26 bis de cette concession n'accorde l'exemption de l'impôt foncier que pour les immeubles dépendant du chemin de fer ; or, les parcelles dont il s'agit ne rentrent pas dans cette catégorie, puisqu'elles ne font pas corps avec la voie et que la Compagnie peut les vendre.

D. C'est contre cette décision que la Compagnie du Simplon recourt au Tribunal fédéral ; elle conclut à ce qu'elle soit annulée et à ce que la Commune de Saint-Léonard soit renvoyée à se pourvoir devant ce Tribunal.

A l'appui de ses conclusions, la recourante fait valoir, entre autres, ce qui suit :

Il s'agit dans l'espèce de l'interprétation de l'art. 26 bis de la concession fédérale du 24 Septembre 1873. Cet article est une disposition de la législation fédérale, qui garantit à la Compagnie du Simplon le droit de ne pas payer d'impôt foncier. Dès lors et à teneur de l'art. 59 de la loi sur l'organisation judiciaire, le Tribunal fédéral est compétent pour connaître de la contestation par voie de recours. C'est sur ce premier moyen et sur la violation par le Conseil d'Etat du Valais d'une disposition d'ordre public qui le rend incompétent que la Compagnie se fonde en première ligne. Mais à cela s'ajoute le fait que les conditions d'enchères, pour garantir le futur adjudicataire contre des réclamations, ont

soumis au Tribunal fédéral toutes les contestations de droit privé qui pourraient s'élever entre la Compagnie et des tiers. Or, il s'agit dans le cas actuel d'une contestation de droit privé, d'une redevance d'argent, à laquelle la disposition invoquée des conditions d'enchères est applicable.

La recourante fait remarquer, en outre, que la question soulevée par Saint-Léonard est identique avec celle que soulèvent les receveurs cantonaux contre la Compagnie; que dès lors le Conseil d'Etat a jugé en réalité dans sa propre cause, et qu'à teneur de l'art. 5 de la loi valaisanne du 25 Mai 1877 sur l'organisation de la Cour des conflits, le Conseil d'Etat eût dû se dessaisir de la cause, et en nantir la dite Cour.

E. Dans sa réponse, l'Etat du Valais conclut au rejet du recours.

La compétence du Conseil d'Etat est évidente en présence de l'art. 8 de la loi du 1er Décembre 1877, qui attribue à cette Autorité, comme Tribunal administratif, « la répartition des » charges publiques, tant cantonales que communales. » L'allégation que le Conseil d'Etat a jugé dans sa propre cause est sans aucun fondement, puisque, d'une part, l'Etat n'était pas partie en cause et a statué dans un procès pendant entre la Commune de Saint-Léonard et la Compagnie du Simplon, et que, d'autre part, il est clair que la loi cantonale qui régit les litiges en matière d'impôts est applicable à la Compagnie recourante aussi bien qu'à tout autre propriétaire d'immeubles situés dans le Canton, pour autant que ces immeubles ne sont pas dispensés de l'impôt comme faisant corps avec la voie ferrée. Or les terrains dont il s'agit ne sont pas des dépendances du chemin de fer.

La cause actuelle ne ressortit point à la compétence de la Cour des conflits : la Compagnie l'a reconnu elle-même dans le mémoire adressé par elle au Conseil d'Etat, sous date du 9 Septembre 1879, contre la Commune de Saint-Léonard.

L'art. 26 bis cité par la Compagnie n'a point la portée de la dispenser, *elle*, de payer l'impôt foncier. L'exemption dont cet article parle n'est attachée qu'aux immeubles et constructions dépendant du chemin de fer. Il s'agit donc ici, non pas

d'un droit personnel, mais d'un droit réel régissant une catégorie déterminée d'immeubles. Les autres immeubles de la Compagnie sont régis par la législation cantonale en matière d'impôt. Or, la recourante ne prétend pas même que les parcelles en question appartiennent au corps de la voie. Il ne s'agit point ici d'une contestation de droit privé, mais bien d'une contestation de droit administratif. La disposition des conditions d'enchères invoquée par la recourante n'est dès lors point applicable. Enfin, l'Etat du Valais ne peut admettre qu'une simple décision insérée au protocole du Conseil fédéral, le 26 Février 1874, puisse avoir eu pour effet de modifier la législation existant sur la matière.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

1° Le Tribunal fédéral n'a point à décider en l'état si la Compagnie du Simplon a ou non à payer l'impôt foncier sur des parcelles de terrain lui appartenant sur le territoire de Saint-Léonard; il s'agit uniquement de résoudre la question de savoir si le Conseil d'Etat du Valais était compétent pour prendre son arrêté du 24 Septembre 1879, ou bien si le jugement de cette contestation rentre dans les attributions du Tribunal fédéral.

2° Pour justifier la compétence du Tribunal fédéral, la Compagnie du Simplon invoque :

a) l'art. 59 de la loi sur l'organisation judiciaire fédérale;

b) l'arrêté du Conseil fédéral du 26 Février 1874, inséré dans les conditions d'enchères.

3° L'art. 59 susvisé est invoqué en ce sens que la Compagnie estime que les concessions de chemin de fer doivent être considérées comme des lois fédérales et qu'en conséquence, puisque l'exemption d'impôts est assurée à la compagnie par l'art. 26 *bis* de la concession, il s'agit d'un droit qui lui est garanti par la législation fédérale, et le Tribunal fédéral est ainsi seul compétent. Or à supposer même, — ce que le Tribunal fédéral s'est déjà vu dans le cas de nier (voir arrêt du 8 Novembre 1879 en la cause Vaud et Suisse Occidentale), — que les concessions de chemin de fer puissent être considérés comme des lois fédérales, il ne s'ensuivrait nullement que le Conseil

d'Etat du Valais eût été incompétent pour prendre la décision attaquée ; il en résulterait seulement que, pour le cas où la disposition de l'acte de concession dont il s'agit aurait été violée, c'est-à-dire non appliquée ou mal interprétée par les autorités cantonales, il pourrait être recouru au Tribunal fédéral contre le fond même d'une semblable décision. L'application et l'interprétation des dispositions de la législation fédérale ne sont point soustraites aux autorités cantonales, mais elles rentrent au contraire, dans la plupart des cas, en première ligne, dans la compétence des Cantons; les autorités fédérales ne constituent que l'instance supérieure appelée à protéger les particuliers et les corporations contre le préjudice à eux causé par la non-application ou par la fausse application de la Constitution ou de la législation fédérale. Le recours au Tribunal fédéral suppose précisément, comme cela résulte de l'art. 59 sus indiqué, une décision d'une autorité cantonale, et la Compagnie du Simplon, s'il s'agissait ici, comme elle l'estime, de la violation d'un droit garanti par la législation fédérale, aurait sans doute pu recourir au Tribunal de céans pour violation de ce droit, mais nullement contester la compétence des autorités valaisannes pour prendre une décision en la cause.

4° Le second point de vue auquel la recourante se place est également insoutenable :

Les litiges qui peuvent se présenter au sujet des impôts, de leur fixation et de leur perception ne sont pas en principe des contestations civiles, mais apparaissent comme des contestations de droit public et administratif, à la réserve toutefois qu'il est loisible aux Cantons de remettre, selon les dispositions de leur législation, aux autorités ou Tribunaux administratifs, ou au juge civil, la décision en semblable matière.

Or, la partie recourante n'a point établi, ni cherché à établir, qu'à teneur des lois valaisannes, la solution de ces contestations soit réservée au juge civil. Au contraire, il paraît résulter de l'art. 8 de la loi sur le Tribunal du contentieux de l'Administration du 1er Mars 1878, que c'est le Conseil d'Etat, autorité administrative supérieure, qui prononce sur

la répartition des charges publiques, tant cantonales que locales et sur l'application des lois de finance. A ce point de vue, l'arrêté du 24 Septembre 1879 n'émane pas d'une autorité incompétente.

Toutefois, la Compagnie du Simplon prétend qu'aux termes de l'acte de concession adopté le 24 Septembre 1873 par l'Assemblée fédérale (art. 26 *bis*), qui maintient en force l'art. 52 de l'ancienne concession cantonale accordant l'exemption d'impôts pour les immeubles et constructions dépendant du chemin de fer, elle doit être libérée de tout impôt sur les parcelles de terrain frappées par la Commune de Saint-Léonard.

Le droit ainsi revendiqué par cette Compagnie constitue un droit privé d'exemption, qui lui aurait été consenti par le Canton du Valais par privilège, en compensation des obligation et charges acceptées pour la construction et l'exploitation du chemin de fer dans la vallée du Rhône.

Or, c'est à la Compagnie, qui prétend à un pareil droit privé, de nantir, non l'autorité administrative cantonale, mais le juge civil, seul compétent pour prononcer sur l'étendue de cette libération d'impôt et sur ses conséquences.

La décision du Conseil d'Etat, dont est recours, ne met point obstacle à l'ouverture d'une semblable action. En effet, quoique cette décision porte aussi sur le fond du litige pendant entre la commune de Saint-Léonard et la Compagnie en ce qu'elle statue sur la réclamation d'impôt faite par la dite commune, il ne résulte, ni du texte de cette décision elle-même, ni du rapport du Conseil d'Etat, que cette autorité veuille revendiquer le droit de statuer en dernier ressort sur le litige, en tant qu'il se rapporte à la revendication d'un droit privé, ou empêcher la recourante de poursuivre la reconnaissance de sa prétention par les voies juridiques. La décision du Conseil d'Etat n'a évidemment d'autre portée que de contredire la réclamation de la compagnie et de l'astreindre au payement de l'impôt en question, aussi longtemps qu'elle ne produira pas un jugement constatant son droit d'exemption absolue.

La Compagnie n'a d'ailleurs point excipé expressément vis-à-vis du Conseil d'Etat de ce que le litige rentrerait dans la compétence des tribunaux civils, mais elle s'est bornée à arguer de la compétence du Tribunal fédéral, sans spécifier si elle l'invoquait comme Cour civile, ou comme Cour de droit public.

En partant de ce qui précède et sous la réserve qu'il est toujours loisible à la Compagnie du Simplon de provoquer jugement des Tribunaux civils, le recours doit aussi être écarté sur ce chef.

La détermination du juge qui peut être ainsi appelé à prononcer est réservée au procès dans lequel seront formulées les conclusions de la demanderesse, et en même temps, la question de l'application à l'espèce de la clause insérée dans l'art. 12, § 2 des conditions des enchères publiques des 4/16 Mars 1874 (arrêté fédéral du 26 Février 1874) sera, s'il y a lieu, examinée et résolue, toutes parties entendues.

5° La recourante estime enfin que le Conseil d'Etat du Valais, en prenant la décision dont est recours, a prononcé dans sa propre cause, et qu'aux termes de la loi valaisanne sur les conflits du 25 Mai 1877, le présent litige eût dû être renvoyé à la Cour des conflits.

Le premier grief est dénué de fondement, d'abord par le motif qu'il ne s'agit point en la cause d'un impôt prélevé par l'Etat, mais d'un impôt perçu par une commune, et ensuite parce que le Tribunal fédéral admet que dans de pareilles contestations en matière d'impôts, même perçus par l'Etat, le gouvernement agit, non comme partie dans un procès civil, ou comme représentant du fisc, mais comme autorité administrative supérieure.

En ce qui touche la seconde objection, la Cour des conflits de compétence instituée par la loi valaisanne n'a, — ainsi que le représentant de la Compagnie l'a reconnu lui-même dans son mémoire au Conseil d'Etat du 9 Septembre 1879, et comme cela résulte d'ailleurs clairement de la loi, — à statuer que lorsqu'un conflit a surgi entre des autorités cantonales de l'ordre administratif ou judiciaire (Conseil d'Etat et Tribunal

civil). Or, la recourante n'a jamais prétendu, vis-à-vis du Conseil d'Etat, que le litige qui la divise d'avec la Commune de Saint-Léonard dût être tranché par les Tribunaux civils valaisans; elle a au contraire contesté la compétence des autorités cantonales dans leur ensemble, et requis le for du Tribunal fédéral. La Cour des conflits de compétence n'avait dès lors point à juger une telle question.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est rejeté, toutefois sous la réserve contenue au considérant 4 ci-dessus.

---

12. Urtheil vom 14. Februar 1880 in Sachen Gredig gegen Graubünden.

A. Die graubündnerische Kantonalbank erhob gegen die Konkursmasse des Hans Gredig in Serneus beim Bezirksgerichte Oberlandquart eine Klage, in welcher sie das Rechtsbegehren stellte : Beklagte sei gehalten, an Klägerin 40000 Fr. sammt stipulirten Zinsen laut Pfandbrief, sowie auch alle ergangenen Spesen zu bezahlen, unter Kostenfolge. Durch Eingabe an das Bezirksgericht Oberlandquart erklärte indeß die Kuratel der Masse Gredig, sie stelle das Begehren, der vorliegende Prozeß sei vom hohen schweizerischen Bundesgerichte zu behandeln. Dieses ihr Begehren finde seine Begründung in Art. 27 Ziffer 4 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege. Durch Zuschrift an das Bezirksgericht Oberlandquart vom 3. Juli 1879 erklärte dagegen die graubündnerische Kantonalbank, sie habe ihre Klage bei dem gesetzlichen Gerichtsstande der Beklagten angebracht; wenn letztere die Zuständigkeit des Gerichtes anzufechten gedenke, so möge sie es auf gesetzlichem Wege thun.

B. Durch Memorial vom 8. Juli 1879 wandte sich nun die Konkursmasse Gredig an das Bundesgericht und stellte bei demselben den Hauptantrag : Das schweizerische Bundesgericht

wolle erkennen, dasselbe und nicht das von der graubündner Kantonalbank angerufene Forum sei kompetent, den obschwebenden Prozeß zu entscheiden, alles unter Kostenfolge für die rekurrirte Partei. Sie begründete dieses Begehren damit: Nach cit. § 27 Ziffer 4 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege sei unzweifelhaft das Bundesgericht, da die Ueberweisung der Sache an dasselbe von einer Partei verlangt worden sei und der Streitwerth 3000 Fr. übersteige, in vorliegendem Rechtsstreite kompetent, sofern es feststehe, daß die eine der betheiligten Parteien der Kanton Graubünden sei. Nun sei aber die graubündnerische Kantonalbank ein integrirender Bestandtheil des graubündnerischen Fiskus. Dies ergebe sich aus den Erklärungen der Kantonalbank selbst und der Regierung des Kantons Graubünden in dem gegenwärtig vor Bundesgericht anhängigen Prozesse der Stadt Chur gegen den Kanton Graubünden betreffend Besteuerung der Kantonalbank in Kommunalsachen, auf dessen Akten einfach Bezug genommen werde; die Konkursmasse Gredig behalte sich übrigens vor, ihr Petitum zurückzuziehen, wenn das Bundesgericht in Sachen der Stadt Chur gegen den Kanton Graubünden ihre Ansicht von der Identität des graubündnerischen Fiskus und der Kantonalbank nicht theilen sollte.

C. In ihrer Antwort auf diese Eingabe stellte die graubündnerische Kantonalbank die Rechtsbitte um Abweisung des Begehrens der Masseverwaltung Gredig a) aus dem Grunde der Inkompetenz des Bundesgerichtes, b) eventuell wegen Unterlassung rechtzeitiger Ablehnung des gesetzlichen kantonalen Gerichtsstandes unter Kostenfolge. Sie rügt in erster Linie, daß die Impetrantin es unterlassen habe, den Entscheid der zuständigen kantonalen Instanz über ihr Begehren anzurufen, ohne indeß einen Antrag in dieser Beziehung zu stellen. Sodann führt sie aus: die graubündnerische Kantonalbank sei keineswegs mit dem Staate identisch, sondern sei eine selbständige Anstalt mit besonderer juristischer Persönlichkeit. Es sei nämlich zwar allerdings richtig, daß der Staat den Jahresnutzen soweit er nicht in den Reservefonds falle, beziehe und für die Schulden der Bank Garant sei. Allein dies sei für die Frage, ob

die Bank ein selbständiges Rechtssubjekt sei, nicht entscheidend. Die Bank erfülle alle Voraussetzungen, unter denen nach graubündnerischem Privatrecht eine Anstalt als Stiftung anerkannt werde. (§ 87 u. 94 des bündnerischen Civilgesetzbuches.) Sie habe ihren besondern Sitz, ihren besondern von dem der staatlichen Finanzverwaltung gänzlich getrennten Geschäftskreis, ihre von der kantonalen Verwaltung völlig abgetrennte und unabhängige Administration; sie schließe alle ihre Verträge auf ihren eigenen Namen und habe auch bisher stets vor den verschiedensten Gerichtsständen im Kanton unbeanstandet Recht gegeben und genommen. Wenn in dem Prozesse zwischen der Regierung von Graubünden und der Stadt Chur vom Vertreter der erstern Erklärungen abgegeben worden seien, welche mit dem Gesagten in Widerspruch ständen, so berühre dies die Rechtsstellung der Kantonalbank, welche dem fraglichen Prozesse fremd geblieben sei, in keiner Weise. Zur Begründung der eventuell erhobenen Einrede der Verwirkung wird bemerkt: Beim Vortritte vor dem Vermittleramt Klosters habe die Impetrantin gegen die Kompetenz der graubündnerischen Gerichte nicht die mindeste Einwendung erhoben; darauf hin sei durch Einlegung des Leitscheines sammt der Vertröstung und der Prozeßeingabe bei der ersten Instanz seitens der Kantonalbank die Sache nach Art. 59 und 60 der bündnerischen Prozeßordnung rechtshängig geworden. Nach diesem Zeitpunkte aber könne die Kompetenz der kantonalen Gerichte nicht mehr in Frage gestellt werden.

In ihrer Replik hält die Impetrantin, indem sie nochmals auf die Akten in Sachen der Stadt Chur gegen den Kanton Graubünden verweist und die Ausführungen der Antwort zu widerlegen sucht, ihren frühern Hauptantrag aufrecht und stellt überdem das Begehren, daß der Entscheid in Sachen der Stadt Chur gegen den Kanton Graubünden ihrem Prozesse voranzugehen habe.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Dem Begehren der Impetrantin um Verschiebung des Entscheides in der gegenwärtigen Rekurssache bis nach Beurtheilung des Civilprozesses der Stadt Chur gegen den Kanton Grau-

bünden betreffend Besteuerung der Kantonalbank, kann nicht entsprochen werden, denn das Gericht kann unmöglich, auf einseitiges Nachsuchen einer Partei, die Erledigung spruchreifer Streitsachen hinausschieben, sofern nicht zwingende, sachliche Gründe dafür sprechen, was hier nicht der Fall ist.

2. Die Lösung der zwischen den Parteien bestrittenen Frage, ob das Bundesgericht zur Entscheidung des in Frage stehenden Prozesses kompetent sei, hängt nach der übereinstimmenden Auffassung der Parteien und der unzweideutigen Vorschrift des § 27 Ziffer 4 des Gesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege davon ab, ob die graubündnerische Kantonalbank ein bloßer Zweig der Staatsverwaltung, eine statio fisci, oder aber eine selbständige Anstalt mit besonderer Rechtssubjektivität, ein selbständiges Rechtssubjekt ist. Diese Frage ist nun, wie in den vom Bundesgerichte bereits beurtheilten analogen Fällen, Romont gegen Kanton Freiburg, betreffend die kantonale Schuldentilgungskasse (Entscheidungen Bd. IV S. 290), und A. Müller gegen Kanton Uri, betreffend urnersche Kantonalersparnißkasse (Urtheil vom 19. Dezember 1879), im Sinne der letztern Alternative zu beantworten, denn

a. das wesentliche Merkmal der juristischen Persönlichkeit einer Anstalt ist, nach allgemein anerkannten Grundsätzen (bündnerisches Civilgesetzbuch § 87) ihre Ausstattung mit selbständiger Rechts- beziehungsweise Vermögensfähigkeit. Die graubündnerische Kantonalbank besitzt nun eigenes, vom Staatsvermögen nicht nur der Verwaltung sondern auch dem Eigenthum nach ausgeschiedenes Vermögen. Der Kanton hat zwar die Bank, in Erweiterung der früher bestehenden kantonalen Spar- und Hypothekenkasse durch Großrathsbeschluß und Volksabstimmung errichtet; er haftet für alle Verbindlichkeiten der Anstalt (§ 1 der durch Großrathsbeschluß vom 3. Dezember 1874 angenommenen Statuten) und ist nach § 51 der Statuten zum Bezuge des Reingewinnes derselben, soweit dieser nicht zur Vertheilung von Tantiemen und zur Speisung des Reservefonds verwendet wird, berechtigt. Allein nichtsdestoweniger ist der Staat nicht Subjekt des der Anstalt gehörigen Vermögens, sondern vielmehr die Bank selbst als selbständige Anstalt oder Stiftung (§ 84

und 97 des bündnerischen Civilgesetzbuches), wie sich aus folgenden Momenten ergiebt: In der kantonalen Staatsrechnung erscheint das Vermögen der Kantonalbank nicht in seiner Totalität als Vermögen des Staates unter den Aktiven und Passiven desselben, sondern es ist nur der Gewinnfonds, in der Gewinn- und Verlustrechnung als Vermögensvermehrung, im Vermögensbestande unter der Rubrik „Kontokurrente" als Aktivum aufgeführt. (Vergl. Staatsrechnung für das Jahr 1878.) Dieser Gewinnfonds wird von der Bank verzinst; dieselbe zahlt auch dem Staate für ihre Notenkommission die gesetzliche Banknotensteuer. (Vergl. achter Jahresbericht der Bank S. 20.) Die für ihren Betrieb erforderlichen Mittel verschafft sich die Bank nach § 29 der Statuten: durch Ausgabe von Obligationen mit Zinskoupons, Annahme von Sparkassegeldern und anderweitigen Geldeinlagen in verzinslicher Rechnung, durch Ausgabe von Depositenscheinen, Kassascheinen, Ausstellung von Eigenwechseln und durch Ausgabe von Banknoten. Bei allen diesen Geschäften handelt die Bank in ihrem eigenen Namen und nicht im Namen des Kantons; auf den Namen der Bank und nicht auf den Namen des Kantons sind die ausgegebenen Werthpapiere, die Banknoten u. s. w. gestellt. Der Geschäftskreis der Bank ist in § 2 der Statuten genau abgegrenzt und ist von demjenigen der kantonalen Finanzverwaltung völlig getrennt. Die Bank macht, und zwar in ihrem eigenen Namen, nicht in demjenigen des Kantons, Hypothekardarlehen, Darlehen gegen Hinterlage, Vorschüsse gegen Bürg- und Zahlerschaft, eröffnet Kredite in laufender Rechnung, kauft und verkauft Wechsel und übernimmt endlich auch Anleihen des Kantons selbst und der Gemeinden, sowie die Vermittelung von Anleihen von industriellen Unternehmungen und Eisenbahnen Graubündens. Demnach tritt die Bank im Verkehr als selbständiges vom kantonalen Fiskus verschiedenes Rechtssubjekt auf; sie wird auf ihren eigenen Namen Gläubigerin und Schuldnerin, sie wird vom Staate besteuert, zahlt an ihn Zinsen und kann mit ihm wie mit irgend einem andern Dritten Rechtsgeschäfte abschließen, indem sie seine Anleihen übernimmt. Diese Momente deuten darauf hin, daß die Bank nicht eine bloße statio fisci, sondern

ein selbständiges Rechtssubjekt ist. Dafür spricht auch, daß der Staat nach § 1 der Statuten die Haftung für alle Verbindlichkeiten der Anstalt übernimmt; denn die ausdrückliche Uebernahme dieser Garantie hat nur dann eine Bedeutung, wenn die Bank ein vom Staate verschiedenes Rechtssubjekt ist, während, wenn der Staat selbst das Bankgeschäft betriebe, die Erklärung, daß er für die aus demselben entstehenden Verbindlichkeiten hafte, eine völlig überflüssige wäre. Der Umstand endlich, daß der Staat den Reingewinn der Bank zum größten Theile bezieht, schließt die selbständige Rechtssubjektivität der Bank keineswegs aus. Denn das Recht auf Bezug des Reingewinnes einer Unternehmung kann keineswegs nur dem Eigenthümer derselben zustehen, sondern es kann auch, wie z. B. das Recht des Aktionärs auf Dividende, ein bloßes Forderungsrecht sein.

b. Die Bank hat eine eigene, von den politischen Staatsbehörden in ihren Funktionen völlig unabhängige Verwaltung. Der Bankrath, die oberste Verwaltungsbehörde der Bank, wählt das mit der unmittelbaren Leitung der Geschäfte betraute Bankdirektorium, sowie sämmtliche Beamten und Agenten. (§ 54 der Statuten.) Die sämmtlichen Bankbeamten werden von der Bank und nicht vom Staate besoldet; ihre Amtsdauer ist durch das Bankstatut, nicht durch die allgemeinen Landesgesetze bestimmt. (§ 60 der Statuten.) Dem Staate ist lediglich die Oberaufsicht über die Verwaltung (§ 62 u. ff. der Statuten) sowie die Wahl des Bankrathes vorbehalten. (§ 53 der Statuten.) Die Verwaltung selbst dagegen steht ausschließlich den Bankbehörden zu mit der einzigen Ausnahme, daß zur Erweiterung der Bank durch Gründung neuer Agenturen und Filialen die Einwilligung der Staatsbehörden einzuholen ist. (§ 61 der Statuten.) Die Bank ist also zwar, als öffentliche und vom Staate im allgemeinen Interesse gegründete und garantirte Anstalt, der staatlichen Oberaufsicht unterworfen, allein ihr Verwaltungsorganismus ist ein ganz selbständiger, von der staatlichen Finanzverwaltung vollständig ausgeschiedener und getrennter.

c. Nach Art. 34 der Verfassung des Kantons Graubünden, sind Rechtsansprachen gegen den Kanton, insoweit dieselben

nicht vor das Bundesgericht gehören, nicht von den ordentlichen Gerichten, sondern von Schiedsgerichten zu beurtheilen. Wie sich nun aber aus den Akten ergiebt, hat die Kantonalbank bisher mehrfach unbeanstandet vor den ordentlichen Gerichten geklagt, was zeigt, daß sie nicht als mit dem Kanton identisch betrachtet wurde.

3. Da sich aus den in Erwägung 2 hervorgehobenen Gründen ergiebt, daß die Kantonalbank als eine mit selbständigem Vermögen und selbständiger Verwaltung ausgestattete öffentliche Anstalt oder Stiftung neben dem kantonalen Fiskus betrachtet werden muß und demnach die Hauptfrage zu Gunsten der Impetrantin zu beantworten ist, so wird die Prüfung der vom Vertreter der letztern eventuell aufgeworfenen Verwirkungseinrede überflüssig.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Das Begehren der Impetrantin wird abgewiesen, beziehungsweise das Bundesgericht erklärt sich inkompetent, den in Frage liegenden Prozeß in die Hand zu nehmen.

---

13. Urtheil vom 27. März 1880 in Sachen der katholischen Schulgenossen in St. Gallen.

A. In der Stadt St. Gallen bestanden bisher zwei Primarschulgemeinden, eine evangelische und eine katholische, daneben noch eine genossenbürgerliche Realschulgemeinde. Im Monat April 1879 beschlossen nun die drei Schulgemeinden mit Mehrheit, sich zu einer Schulgemeinde zu vereinigen. Gegen diesen Beschluß beschwerte sich eine Minderheit von Genossen der bisherigen katholischen Primarschule beim Regierungsrathe des Kantons St. Gallen und, nachdem sie von diesem am 2. August 1879 abgewiesen worden war, beim Großen Rathe. Die Beschwerde wurde indeß auch von letzterer Behörde durch Beschluß vom 22. November 1879 abgewiesen.

B. Hierauf zogen die Rekurrenten die Angelegenheit an das

Bundesgericht, indem sie in einer Eingabe vom 17. Januar 1880 ausführen: Die Schulgenossenschaften im Kanton St. Gallen seien, obwohl öffentliche Genossenschaften, doch meistens wie speziell diejenigen der Stadt St. Gallen, aus Stiftungen hervorgegangen und erst später staatlich organisirt worden. Nachdem nun früher das Schulwesen den beiden staatlich organisirten Konfessionen überlassen gewesen sei, habe die Verfassung vom Jahre 1861 eine wesentliche Umgestaltung des kantonalen Erziehungswesens gebracht. Art. 7 dieser Verfassung bestimme nämlich:

„1. Die Aufsicht, Leitung und Hebung des öffentlichen Erziehungswesens ist Sache des Staates. 2. Für Ertheilung des „Religionsunterrichtes haben die kirchlichen Behörden beider „Konfessionen zu sorgen. 4. Der Fortbestand der katholischen „und evangelischen Primarschulen in den Gemeinden bleibt „gewährleistet; ebenso werden den Genossenschaften und den „Antheilhabern an den Realschulen die Schulfonds, die Verwaltung und die Verwendung der Erträgnisse garantirt. Das „Weitere über das Erziehungswesen bestimmt das Gesetz."

Das in Ausführung dieses Artikels der Verfassung erlassene Gesetz über das Erziehungswesen besage dann in Art. 36:

„Diejenigen Einwohner einer Ortschaft oder politischen Gemeinde, welche bis anhin für die Bedürfnisse einer oder mehrerer Primarschulen zu sorgen hatten, bilden eine Schulgemeinde. „Schulgemeinden der gleichen Konfession sind befugt, mit Bewilligung des Erziehungsrathes sich zu einer Schulgemeinde „zu vereinigen."

In der Aufhebung ihrer Schulgenossenschaft und in der Verschmelzung derselben mit den übrigen Schulen in der Stadt St. Gallen, erblicken nun die Rekurrenten eine Verletzung des cit. Art. 7 der Kantonsverfassung, sowie des Art. 36 des Gesetzes über das Erziehungswesen; denn durch diese werde der Fortbestand der bestehenden Primarschulen, also auch speziell der katholischen Primarschule der Stadt St. Gallen gewährleistet und Eigenthum und Verwaltung des Schulfonds der bisherigen Schulgenossenschaft garantirt. Es werde nun freilich behauptet, der cit. Art. 7 der Kantonsverfassung sei durch Art. 27

der Bundesverfassung aufgehoben; allein dies sei nicht richtig. Die Primarschulen des Kantons St. Gallen entsprechen allen Anforderungen, welche der Art. 27 der Bundesverfassung an die Primarschulen stelle; sie seien nicht konfessionelle Schulen in dem gewöhnlichen Sinne des Wortes, wonach die innere Einrichtung der Schule, die pädagogische Seite derselben, der Unterricht „konfessionell" wäre und wonach die Schule von den Konfessionen oder gar von der Kirche geleitet würde; vielmehr stehen die Primarschulen des Kantons St. Gallen unter staatlicher Aufsicht und Leitung und können von den Angehörigen aller Bekenntnisse ohne Beeinträchtigung ihrer Glaubens- und Gewissensfreiheit besucht werden. Dies sei aber, wie auch aus dem Berichte des eidg. Departementes des Innern an den Bundesrath über den Art. 27 der Bundesverfassung und den Primarunterricht in der Schweiz vom 20. November 1877 sich ergebe, alles was der Art. 27 der Bundesverfassung in dieser Beziehung von den kantonalen Primarschulen verlange; auf die Organisation und materielle Gestaltung der Schulgemeinden beziehen sich die Bestimmungen der Bundesverfassung, wie sich aus der Entstehungsgeschichte des Art. 27 und dem veröffentlichten Entwurfe eines Bundesgesetzes über den Primarunterricht ergebe, überall nicht; vielmehr sei die Organisation der Schulgemeinden, ihr Bestand u. s. w., kurz die Wahl der Mittel, durch welche den vom Bunde gestellten Anforderungen im Schulwesen Genüge geleistet werden solle, ausschließlich Sache der Kantone. Der Bundesrath scheine allerdings in seinem Rekursentscheide betreffend den Steuerrekurs der Altkatholiken in Flawyl davon ausgegangen zu sein, daß konfessionell getrennte Schulgemeinden den Vorschriften der Bundesverfassung widersprechen und habe daher anläßlich dieses Spezialfalles die kantonalen Behörden eingeladen, die Schuleinrichtungen möglichst bald mit der Bundesverfassung in Einklang zu bringen. Allein er sei dabei offenbar von unrichtigen Voraussetzungen ausgegangen. In dem neuern Entscheide betreffend den Rekursfall Dietikon vom 18. Juli 1879 spreche er denn auch nur mehr davon, daß eine gemeinsame öffentliche Schule der Forderung des Art. 27 jedenfalls eher entspreche, als konfessionell

getrennte Schulen, was voraussetze, daß konfessionell getrennte Schulen mit der Bundesverfassung nicht unvereinbar seien. Ebenso wenig wie mit Art. 27 stehe der Art. 7 der Kantonsverfassung mit Art. 49 Lemma 4 der Bundesverfassung in Widerspruch. Durch Art. 49 werden, wie in der bundesrechtlichen Praxis anerkannt sei, nur individuelle Rechte der Bürger, nicht dagegen die politischen oder konstitutionellen Rechte der Korporationen garantirt. Art. 7 der Kantonsverfassung bestehe also noch zu Recht. Wenn übrigens auch angenommen würde, Art. 7 cit. stehe mit Bestimmungen der Bundesverfassung in Widerspruch, so würde er doch so lange in Kraft bestehen bleiben, bis er auf dem allein zulässigen Wege der Verfassungsrevision beseitigt sei. Bis dahin müssen sich die kantonalen Behörden an denselben halten. Demgemäß rufen die Rekurrenten, gestützt auf Art. 59 des Gesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege, den Schutz des Bundesgerichtes gegen die durch die angefochtenen Beschlüsse bewirkte Verletzung derjenigen Rechte an, welche ihnen durch Art. 7 der Kantonsverfassung gewährleistet seien.

C. In seiner Vernehmlassung auf diesen Rekurs bemerkt der Regierungsrath des Kantons St. Gallen in Berufung auf die Begründung des Beschlusses des Großen Rathes vom 22. November 1879 im Wesentlichen Folgendes: Der Garantie der konfessionellen Primarschulgemeinden, wie Art. 7 der Kantonsverfassung sie ausspreche, könne nicht diejenige Bedeutung beigemessen werden, welche die Rekurrenten ihr beilegen. Vielmehr sei dieselbe nach richtiger Interpretation, nur dahin aufzufassen, daß diese Gemeinden nicht durch staatlichen Akt aufgehoben werden dürfen, während nach der Natur der Sache ihnen das Recht nicht abgestritten werden könne, aus eigenem freien Willen sich mit andern Schulgemeinden zu vereinigen. Dafür spreche auch, daß bis jetzt in manchen Fällen derartige Vereinigungen durchgeführt und von den staatlichen Behörden genehmigt worden seien, ohne daß dagegen eine erfolgreiche Einsprache erhoben worden wäre, sowie der Umstand, daß die konfessionelle Trennung der Schulen angesichts des bestehenden Schulzwangs und der Freiheit der Niederlassung in den meisten Fällen prak-

tisch nicht konsequent habe durchgeführt werden können. Ueberdem stehe die konfessionelle Trennung der Schulen allerdings mit Art. 27 der Bundesverfassung in Widerspruch; dies ergebe sich schon daraus, daß nach Art. 27 cit. der Primarunterricht ausschließlich unter staatlicher Leitung stehen solle; die Leitung des Primarunterrichtes stehe aber in erster Linie bei den Schulgenossenschaften und diese seien, wenn sie konfessionell organisirt seien, keine rein bürgerlichen, staatlichen Organe. Vollends unvereinbar sei die konfessionelle Trennung mit Lemma 4 des Art. 27 der Bundesverfassung. Die konfessionelle Schule sei ausschließlich zur Beschulung der Angehörigen einer bestimmten Konfession bestimmt und dies stehe mit der Anforderung, daß die Volksschule von Angehörigen aller Konfessionen solle besucht werden können, in offenbarem Widerspruche. Endlich stehe den Schulgenossen das natürliche Recht zu, sich zu besserer Erreichung des korporativen Zweckes und unter Mitwirkung der staatlichen Aufsichtsorgane mit einer andern gleiche Zwecke verfolgenden Korporation zu vereinigen. Die Beschränkung dieses natürlichen Rechtes, welche Art. 37 des Erziehungsgesetzes aus konfessionellen Gründen geschaffen habe, sei durch die ausdrückliche Bestimmung des Art. 49 Lemma 4 der Bundesverfassung, wonach die Ausübung bürgerlicher oder politischer Rechte durch keinerlei Vorschriften oder Bedingungen kirchlicher oder religiöser Natur beschränkt werden dürfe, wieder aufgehoben worden. Wenn die Rekurrenten behaupten, der Art. 7 der kantonalen Verfassung bestehe so lange in Kraft, bis er auf konstitutionellem Wege abgeändert worden sei, so stehe dies mit Art. 2 der Uebergangsbestimmungen zur Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 in offenbarem Widerspruche. Demnach werde beantragt: das Bundesgericht, sofern es sich in Sachen wirklich zu entscheiden kompetent halten sollte, wolle den Rekurs als unbegründet abweisen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Es ist in erster Linie zu prüfen, inwieweit das Bundesgericht zur Entscheidung des vorliegenden Rekurses kompetent ist. Die Kompetenz desselben ist zwar, obschon die Regierung des Kantons St. Gallen sie, wie aus der Fassung ihres Rechts-

gesuches hervorgeht, zu bezweifeln scheint, von keiner Seite bestritten worden. Allein nach feststehenden Grundsätzen ist das Bundesgericht als Staatsgerichtshof berechtigt und verpflichtet, seine Zuständigkeit von Amtswegen zu prüfen.

2. Es stehen nun im vorliegenden Falle zwei verschiedene Fragen zur Entscheidung: einerseits ist bestritten, ob durch die angefochtenen Beschlüsse der st. gallischen Behörden ein durch Art. 7 Ziffer 4 der st. gallischen Kantonsverfassung gewährleistetes Recht verletzt werde, anderseits dagegen ist streitig, ob Art. 7 Ziffer 4 cit. überhaupt noch in Kraft bestehe und nicht vielmehr durch Art. 27 und 49 Lemma 4 der Bundesverfassung aufgehoben worden sei. Dabei ist die Entscheidung der letztern Frage offenbar dem Entscheide über die erstere präjudiziell und muß ihm logisch und zeitlich vorhergehen. Denn bevor darüber geurtheilt werden kann, ob eine Verfassungs- oder Gesetzesbestimmung verletzt sei, muß offenbar zunächst festgestellt sein, ob diese Bestimmung überhaupt noch in Kraft bestehe.

3. Soweit es die letztere Frage, ob der Art. 7 Ziffer 4 der Kantonsverfassung von St. Gallen überhaupt noch in Kraft bestehe, anbelangt, qualifizirt sich nun der vorliegende Rekurs als ein Anstand über die Anwendung der Art. 27 und 49 Lemma 4 der Bundesverfassung. Denn davon, ob der Art. 7 Ziffer 4 cit. mit diesen Bestimmungen der Bundesverfassung in Widerspruch stehe, beziehungsweise von der Auslegung der angeführten Bestimmungen der Bundesverfassung hängt dessen Rechtsbeständigkeit ab. Die Behauptung der Rekurrenten nämlich, daß Art. 7 Ziffer 4 cit., auch wenn er mit den angeführten Bestimmungen der Bundesverfassung in Widerspruch stehe, doch so lange unverändert in Kraft bleibe, bis er auf dem Wege der kantonalen Verfassungsrevision abgeändert worden sei, ist unbegründet. Vielmehr ist, gemäß dem vom Bundesgerichte stets festgehaltenen Grundsatze (vergl. Entscheidungen I S. 131 ff. 134 ff.), da weder in Art. 27 noch in Art. 49 Lemma 4 der Bundesverfassung der Erlaß eines Bundesgesetzes zur Ausführung der darin niedergelegten Prinzipien vorgesehen ist, der Art. 7 Ziffer 4 cit., soweit er mit den angeführten Bestimmungen der Bundesverfassung in Widerspruch stehen sollte,

nach Art. 2 der Uebergangsbestimmungen zur Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 mit der Annahme der letztern ipso jure außer Kraft getreten. Art. 4 der Uebergangsbestimmungen, welcher sich lediglich auf die Einführung der Unentgeltlichkeit des öffentlichen Primarunterrichtes bezieht, kommt hier offenbar überall nicht in Betracht.

4. Nach Art. 59 Ziffer 2 und 6 des Gesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege sind nun aber Beschwerden betreffend die Anwendung der Art. 27 und 49 Lemma 4 der Bundesverfassung als Administrativstreitigkeiten der Kognition des Bundesgerichtes entzogen und deren Entscheidung dem Bundesrathe und beziehungsweise der Bundesversammlung vorbehalten. Das Bundesgericht ist also zur Entscheidung darüber, ob der Art. 7 der Kantonsverfassung von St. Gallen durch Art. 27 oder 49 Lemma 4 der Bundesverfassung, weil im Widerspruche mit diesen Bestimmungen stehend, aufgehoben sei, nicht kompetent. Es kann hieran nichts ändern, daß diese Frage anläßlich einer Beschwerde wegen behaupteter Verletzung eines durch die Kantonsverfassung gewährleisteten Rechtes zum Entscheide durch das Bundesgericht gebracht werden will. Denn dadurch kann für das Bundesgericht eine Kompetenz zur Entscheidung von Fragen, welche das Gesetz als administrative seiner Kognition überhaupt entzogen hat, nicht begründet werden. Ein entgegengesetztes Verfahren würde auch bei der Möglichkeit divergenter Entscheidungen der politischen Bundesbehörden und des Bundesgerichtes über eine und dieselbe Rechtsfrage zu unannehmbaren Konsequenzen führen.

5. Dagegen ist das Bundesgericht allerdings für Entscheidung der Frage zuständig, ob die angefochtenen Beschlüsse der st. gallischen Behörden ein durch Art. 7 Ziffer 4 der Kantonsverfassung garantirtes Recht verletzen. Allein diese Frage kann, wie in Erwägung 2 dargethan ist, erst dann beurtheilt werden, wenn durch die zuständigen Behörden, d. h. durch die politischen Bundesbehörden, derjenige Theil des Rechtsstreites, welcher sich auf die Anwendung der Art. 27 und 49 Lemma 4 der Bundesverfassung bezieht, d. h. die Frage, ob Art. 7 Ziffer 4 cit. überhaupt noch in Kraft bestehe, entschieden ist.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:
Auf den Rekurs wird zur Zeit nicht eingetreten.

VII. Streitigkeiten staatsrechtlicher Natur zwischen Kantonen.

Différends de droit public entre cantons.

14. Urtheil vom 16. Januar 1880 in Sachen Thurgau gegen St. Gallen.

A. Viktor Alfred Fehr, Bürger der Stadt St. Gallen, wurde laut Publikation des Bezirksamtes St. Gallen vom 30. Januar 1869 nach Art 104 Ziffer 6 des Gesetzes über das Vormundschaftswesen unter Schutzbevogtigung gestellt. Diese Bevormundung war veranlaßt worden durch die Geisteskrankheit desselben, in welcher er sich stetsfort verfolgt und Leben und Eigenthum gefährdet wähnte.

B. Im Januar 1869 kam Fehr in die Privatirrenanstalt des Herrn Dr Binswanger in Kreuzlingen Kantons Thurgau, wo er mit Wissen und Zustimmung der heimathlichen Vormundschaftsbehörden seither sich befand. Dort erfreut er sich einer ziemlich ausgedehnten Freiheit; er hält sich einen kleinen Hirschpark, hat eigene Equipage, einen eigenen Knecht und ist Pächter verschiedener Grundstücke, die er selbst bebauen läßt, um für seinen Stall das nöthige Futter zu gewinnen.

C. Bis zum Jahr 1878 wurde Fehr am Orte der Vermögensverwaltung, d. h. in St. Gallen besteuert. Nachdem indessen das Bundesgericht im Rekursentscheide vom 13. Oktober 1877 betreffend Besteuerung der Sophie Roth (amtliche Sammlung Band II, S. 610) den Grundsatz ausgesprochen, daß vormundschaftlich verwaltete Kapitalvermögen nicht am Orte der Vermögensverwaltung, sondern da zu besteuern seien, wo der Bevormundete wohnt, resp. wo der Nutzungsberechtigte seinen Wohn-

sitz hat, ließ das thurgauische Finanzdepartement bei der letzten Steuerrevision, bei welcher am Ende des Jahres 1878 die Steuer pro 1878 festgesetzt wurde, den Fehr auf die thurgauische Steuerliste setzen, um ihn mit seinem Kapitalvermögen pro 1878 dortseits zu besteuern, wobei letzteres auf 200 000 Fr. beziffert wurde. Zugleich ersuchte das thurgauische Finanzdepartement dasjenige von St. Gallen, den Fehr pro 1878 aus dem dortigen Steuerverbande zu entlassen, resp. ihm die Steuer pro 1878 (die im Kanton St. Gallen vorausgehend in zwei Halbjahrraten bezogen wird) zurückzuvergüten und den betreffenden Vormund anzuhalten, die Steuern im Kanton Thurgau abzuführen.

D. Unterm 13. Juni 1878 erhielt das thurgauische Finanzdepartement von demjenigen des Kantons St. Gallen die Mittheilung, daß von der dortseitigen Besteuerung des Herrn Fehr abstrahirt werde. Allein auf den Rekurs des Gemeinderathes von St. Gallen gegen den Bescheid des Finanzdepartementes vom 31. März 1879 beschloß der Regierungsrath von St. Gallen unterm 5. Juli 1879, der Rekurs sei aufrecht gestellt und mithin die Besteuerung des Vermögens des V. A. Fehr in St. Gallen anerkannt.

E. Durch Zuschrift vom 25. Juli 1879 beschwerte sich hierüber der thurgauische Regierungsrath bei dem Bundesgerichte und stellt das Gesuch, es möchte das Recht, den V. A. Fehr mit seinem Kapitalvermögen für das Jahr 1878 und die weitere Dauer seines dortseitigen Aufenthaltes zu besteuern, dem Kanton Thurgau zusprechen, da nach dem erwähnten bundesgerichtlichen Entscheide vom 13. Oktober 1877 das vormundschaftliche Kapitalvermögen nicht am Orte der Vermögensverwaltung sondern da zu besteuern sei, wo der Bevormundete wohne, und laut § 1 der Vollziehungsverordnung zum thurgauischen Steuergesetze d. d. 1. Juli 1864 nicht nur die im Kanton Thurgau wohnhaften Bürger und Niedergelassenen, sondern auch die Aufenthalter als mit ihrem mobilen Vermögen dortseits steuerpflichtig erklärt werden, und Fehr seit 10 Jahren mit Wissen der heimathlichen Vormundschaftsbehörden seinen Wohnsitz in Kreuzlingen habe, wo er von den Vormundschaftsbehörden selbst versorgt worden sei. Daß Fehr in gewissem Grade an Geisteskrankheit leide, fügt die rekurrentische Regierung bei, könne keinen Grund bilden, von

den allgemeinen steuerrechtlichen Grundsätzen abzugehen, und ebensowenig berechtige dazu der Umstand, daß der Pflichtige in einer Privatirrenanstalt untergebracht sei. Sie, die Regierung, kenne kein Gesetz, welches aus dem einen oder andern Grunde Steuerfreiheit eintreten ließe; vielmehr bleibe oben erwähnter Grundsatz der Besteuerung des Vormundschaftsvermögens am Wohnorte des Eigenthümers derselbe und müsse in gleicher Weise Anwendung finden, gleichviel ob der Bevormundete wegen Geisteskrankheit, oder wegen Minderjährigkeit, Verschwendung u. dgl. an einem Orte untergebracht werde.

F. In seiner Antwort trägt der Regierungsrath des Kantons St. Gallen auf Abweisung der Rekursbeschwerde an und zwar gestützt auf folgende Gründe: Er sei keineswegs im Falle, dem angerufenen bundesgerichtlichen Urtheile resp. dem durch dasselbe ausgesprochenen Steuergrundsatze (das übrigens kein neues Recht geschaffen, sondern nur dasjenige bestätigt habe, was längst Bundesrecht gewesen) seine Anerkennung zu verweigern, dagegen bestreite er die Anwendung desselben auf den konkreten Fall, weil er in dem Aufenthalte des Fehr in Kreuzlingen nicht den ordentlichen Wohnsitz erkennen könne, welcher für die Anwendung jenes Grundsatzes die absolute Vorbedingung bilde. Zum Begriffe des ordentlichen Wohnsitzes gehören zwei Momente, einmal der faktische Aufenthalt, anderseits aber auch der freie Wille, die freie Selbstbestimmung diesen Aufenthalt zu üben. Der von der thurgauischen Regierung als Präzedenzfall angerufene Steuerkonflikt Roth treffe hier nicht zu; die Wittwe Roth sei vollkommen frei in der Wahl des Domizils gewesen, nicht so Herr Fehr; letzterer sei geisteskrank und daher bevormundet. Zwar sei dieß bisanhin bloß in der milderen Form der Schutzvogtei geschehen; das Waisenamt von St. Gallen sei jedoch angewiesen worden, nach Maßgabe von Art. 2 der Gesetzesnovelle über das Vormundschaftswesen vom 17. August 1854 die eigentliche Bevogtigung über Fehr einzuleiten. Unter allen Umständen könne also von einem freiwilligen ordentlichen Wohnsitz des Herrn Fehr in Kreuzlingen keine Rede sein. Herr Fehr sei und bleibe trotz der ausgedehnten Freiheit, die ihm in fraglicher Privatirrenanstalt zu Theil komme, ein Irre und entbehre als solcher juristisch des freien

Willens. Auch dürfe auf die Folgen der von der Rekurrentin befürworteten Theorie aufmerksam gemacht werden. Gewiß gehe es gegen alles natürliche Gefühl, daß beispielsweise (was mit der Auffassung der thurgauischen Regierung verbunden wäre) Zuchthaussträflinge oder detinirte anderer Gefängnisse, mehrjährige Spitalkranke, pensionäre und ordentliche Kranke in Irrenanstalten am Orte der betreffenden Institute besteuert werden und nicht nur die Staats-, sondern auch die dortigen Gemeinde- und Korporationssteuern aller Art mittragen müßten. Was das Jahr 1878 betreffe, so hält Rekursbeklagter daran fest, daß der Kanton St. Gallen die Steuern für dasselbe rite, materiell und formel richtig bezogen habe und daß daher kein Grund vorliege, die einbezahlte Steuer pro 1878 zurückzubezahlen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Anspruch des Kantons Thurgau, den B. A. Fehr für sein bewegliches Vermögen zu besteuern, stützt sich darauf, daß letzterer im Kanton Thurgau wohne und nach wiederholten Entscheidungen der Bundesbehörden das bewegliche Vermögen einer Person da zu versteuern sei, wo dieselbe ihren Aufenthalt habe.

2. In thatsächlicher Beziehung steht nun allerdings fest, daß B. A. Fehr schon seit einer Reihe von Jahren im Kanton Thurgau faktisch sich aufhält. Allein nicht jeder faktische Aufenthalt begründet ohne Weiteres einen Steuerwohnsitz und kommt daher in Frage, ob die Voraussetzungen vorhanden seien, unter welchen der thatsächliche Aufenhalt die Steuerpflichtigkeit nach sich zieht.

3. In dieser Hinsicht ist nun zunächst zu untersuchen, welche Bestimmung die einschlagende thurgauische Gesetzgebung enthalte und nun besagen die §§ 1 und 7 der Vollziehungsverordnung zum thurgauischen Steuergesetz vom 1. Juli 1864, daß die direkte Vermögenssteuer erhoben werde von dem Gut der im Kanton wohnhaften Bürger, Niedergelassenen und Aufenthalter, und daß Kantonsfremde, welche in den Kanton einziehen, mit dem Zeitpunkte steuerpflichtig werden, in welchem sie in das Verhältniß der Niedergelassenen oder Aufenthalter treten.

4. Als Aufenthalter im Sinne des Gesetzes sind nun aber zweifellos nicht alle Personen zu betrachten, welche faktisch im Kanton Thurgau wohnen, sondern nur diejenigen, welche eine

Aufenthaltsbewilligung erworben haben, beziehungsweise zu Erwerbung einer solchen pflichtig sind. Bekanntlich bildet in der Regel das Register der Niedergelassenen und Aufenthalter die Grundlage für das Steuerregister und in das erstere werden nur solche Personen eingetragen, deren Aufnahme in die Klasse der Niedergelassenen oder Aufenthalter erfolgt ist. In der Regel werden nun Personen, und zwar namentlich Geisteskranke, welche in Pflege- und Heilanstalten untergebracht sind, auch wenn dies für längere Zeit geschieht, nicht zu den Aufenthaltern in dem erwähnten Sinne gerechnet und es findet diese Auffassung ihre vollkommene Erklärung und Rechtfertigung in dem Umstande, daß bei solchen Personen, ähnlich wie bei Strafgefangenen, von einer freien Wahl des Aufenthaltes keine Rede ist, sondern es sich lediglich um eine Versorgung, bei Geisteskranken manchmal nur um eine Unschädlichmachung handelt.

5. Daß die thurgauische Steuergesetzgebung von andern Grundsätzen ausgehe ist nicht dargethan. Daß B. A. Fehr in Kreuzlingen eine Aufenthaltsbewilligung erworben habe, und auf dem dortigen Verzeichnisse der Aufenthalter komparire, oder daß derselbe je zur Deposition von Ausweisschriften und Erwerb einer Aufenthaltsbewilligung aufgefordert worden sei, ist nicht einmal behauptet worden, während die thurgauische Regierung kaum unterlassen hätte, auf diese Thatsache aufmerksam zu machen, wenn sie bestünde. Dazu kommt, daß an Fehr trotz seines bereits 10 Jahre andauernden Aufenthaltes in Kreuzlingen vor dem Jahre 1878 dort nie eine Steuerforderung gestellt worden ist, und daß der Kanton Thurgau seine Steuerberechtigung im konkreten Falle nur aus den besondern Umständen desselben herleitet, dagegen keineswegs die Behauptung aufgestellt hat, daß allgemein die in den öffentlichen und privaten Irrenanstalten des Kantons Thurgau untergebrachten Geisteskranken der dortigen Steuer unterworfen werden.

6. Es kann daher ein Fall von Doppelbesteuerung, d. h. ein Konflikt zwischen den Steuergesetzgebungen zweier Kantone nicht als vorhanden erachtet werden, indem, wie ausgeführt, nicht dargethan ist, daß das thurgauische Steuergesetz auf B. A. Fehr Anwendung finde. Denn unzweifelhaft ist das Bundesgericht in solchen Streitigkeiten nicht an die Behauptungen der kantonalen

Regierungen über Sinn und Tragweite ihrer Gesetze gebunden, sondern befugt, die Frage, ob wirklich zwei kantonale Steuergesetze auf die Besteuerung der gleichen Person und Sache Anspruch machen, selbständig zu prüfen.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Beschwerde ist als unbegründet abgewiesen.

---

15. *Arrêt du 13 Mars 1880 dans la cause de Berne contre Neuchâtel.*

A. Le 30 Août 1879, le sieur Jean Arn, fermier à Hermrigen, district de Nidau (Berne), a déposé à la préfecture de ce district, au nom de son fils mineur Frédéric Arn, une plainte contre les frères Pochon, à Cortaillod (Neuchâtel), fondée sur ce que ceux-ci, dans une lettre adressée le 2 Juin 1879 à l'avocat Schwab à Nidau, ont prétendu que Frédéric Arn les avait volés.

Le préfet ayant transmis la plainte au juge de Nidau, ce magistrat fait assigner, avec permission de la Direction de Justice de Neuchâtel, les frères Pochon à comparaître à son audience le 18 Septembre aux fins d'y être entendus et condamnés pour diffamation.

Par lettre du 12 Septembre 1879, les frères Pochon refusent de donner suite à cette assignation, estimant qu'à teneur de la Constitution fédérale, ils auraient dû être traduits devant les tribunaux de leur domicile.

Par office du 18 dit, le juge informateur de Nidau demande à la Direction de justice de Neuchâtel de faire procéder par l'autorité compétente à l'audition des frères Pochon sur les faits motivant la susdite plainte.

Par office du 22 du même mois, la Direction de justice refuse d'obtempérer à cette réquisition, attendu que, le délit résultant d'une pièce écrite à Cortaillod à l'adresse de l'avocat Schwab à Nidau, le for de ce délit est dans le canton de

Neuchâtel, et que c'est devant les tribunaux de ce canton que les frères Pochon doivent être traduits.

B. La Chambre d'accusation du canton de Berne, à laquelle cette affaire a été renvoyée, réclame, par office du 29 Octobre 1879, une décision du Tribunal fédéral sur la question de savoir si les tribunaux bernois ne sont pas également compétents pour statuer sur l'espèce. Tout en déclarant ne point contester la compétence des autorités judiciaires neuchâteloises, elle revendique aussi celle des tribunaux bernois, estimant que lorsque, comme c'est le cas, l'acte punissable a été commis sur le territoire d'un canton, et que les conséquences de cet acte se sont produites sur le territoire d'un autre canton, les tribunaux des deux juridictions sont compétents, et non pas seulement ceux du lieu où l'acte a été perpétré.

Par mémoire du 7 Janvier 1880, le gouvernement du canton de Berne déclare s'associer à cette manière de voir, et conclut à ce qu'il plaise au Tribunal fédéral déclarer les tribunaux bernois, soit le Tribunal de Nidau, compétents pour procéder à l'instruction et au jugement de la plainte pénale en diffamation introduite par Arn contre les frères Pochon.

C. Dans sa réponse du 12 Décembre 1879, la Direction de justice de Neuchâtel fait valoir ce qui suit :

La question de savoir où se trouve le for de juridiction en matière de diffamation par lettre est controversée. Des auteurs admettent la compétence exclusive du Tribunal du lieu où la lettre est parvenue selon son adresse et a été lue. D'autres auteurs veulent que le Tribunal du lieu où la lettre a été écrite, et celui du lieu où elle a été ouverte et lue selon sa destination, soient également compétents, la préférence devant appartenir au Tribunal le plus diligent. Lors de la discussion du Code de procédure pénale allemand, on a refusé d'admettre une disposition portant que dans les cas d'actes punissables commis par la voie de la presse, le for du délit ne doit être, en ce qui concerne la responsabilité de son auteur, que le lieu où l'écrit a paru.

En présence de cette diversité d'opinion, le refus de l'exécution du rogatoire se justifie d'autant plus que l'effet de ce rogatoire aurait été de reconnaître la compétence exclusive du Tribunal de Nidau et de faire juger par un tribunal étranger et en vertu de dispositions pénales étrangères au canton de Neuchâtel un délit pour lequel les tribunaux de ce canton sont aussi compétents. Au surplus les frères Pochon, domiciliés à Cortaillod, où ils ont écrit la lettre incriminée, consentent à répondre de leurs actes devant le Tribunal de leur domicile.

On ne peut objecter que le Tribunal de Nidau doit demeurer nanti parce qu'il a été le plus diligent, car, en une matière où on ne procède qu'ensuite de plainte portée, cela reviendrait à faire dépendre la compétence du Tribunal du choix du plaignant, et à remettre le sort du prévenu entre les mains de son adversaire.

Enfin, les cantons n'accordent pas facilement l'extradition de leurs ressortissants aux autorités d'un autre canton.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

S'il s'agissait dans l'espèce d'un des délits dont, à teneur de la loi fédérale du 24 Juillet 1852, les cantons sont tenus d'extrader les auteurs, le canton de Neuchâtel pourrait sans doute, conformément à l'art. 1er de la dite loi, réclamer le jugement par ses tribunaux des frères Pochon, puisque ceux-ci sont sans contredit établis sur son territoire. Mais la diffamation n'est pas au nombre des délits que cette loi énumère, et la pratique des autorités fédérales a constamment reconnu que les actes punissables, auxquels la loi précitée sur l'extradition n'est pas applicable, peuvent être poursuivis au lieu où ils ont été commis. Ce principe a en particulier reçu sa consécration en matière d'injures lorsque, comme c'est le cas dans le canton de Berne, elles revêtent le caractère d'un délit. (Voy. en particulier, sur les injures par lettre, les causes : Michel-Schwarz, *Compte rendu de 1866*, numéro 43 ; Muller-Curti, *Feuille fédérale 1877*, III, pag. 78, et 1868, IV, pag. 3 ; *Arrêts du Tribunal fédéral* en la cause Jæckle, recueil I, 176 ; Dr Trachsel, 17 Janvier 1880.)

Considérant que l'injure commise par un écrit n'est réellement perpétrée qu'après la lecture de son contenu, les autorités fédérales ont aussi admis que le for de la commission du délit se trouve non au lieu où l'écrit injurieux a été rédigé ou expédié, mais à celui où le contenu du dit écrit est parvenu à la connaissance de l'offensé ou d'un tiers. (Voir arrêts ci-dessus.) En conséquence, les tribunaux bernois doivent être reconnus compétents pour se nantir de la plainte pour injures, soit diffamation, dirigée par Arn contre les frères Pochon. Il n'est point contesté, en effet, que la lettre adressée à l'avocat Schwab a été ouverte et lue à Nidau par le destinataire et communiquée au plaignant.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Les tribunaux de Berne sont, conformément à la requête du gouvernement de ce canton, déclarés compétents pour procéder à l'instruction et au jugement de la plainte pénale pour diffamation dirigée par le sieur Arn contre les frères Pochon.

Zweiter Abschnitt. — Deuxième section.

Bundesgesetze. — Lois fédérales.

I. Auslieferung von Verbrechern und Angeschuldigten.

Extradition de criminels et d'accusés.

16. Urtheil vom 22. März 1880 in Sachen Wüthrich.

A. Christian Wüthrich stand im Jahre 1870 und den folgenden Jahren mit dem Käsehändler J. Ulrich Sägesser in Genf in Geschäftsverbindung, indem er für ihn verschiedene Einkäufe, sowie die Versendung u. s. w. der gekauften Objekte besorgte. Ferner stand der (damals minderjährige) Sohn Samuel des Christian Wüthrich von 1874—1876 bei dem Käsehändler Sägesser im Dienste.

Als nun am 26. September 1876 Sägesser gegen Wüthrich eine Forderung für gemachte Geldvorschüsse, mit den Zinsen sich belaufend auf 648 Fr. 10 Cts., einklagte, stellte Wüthrich eine Gegenforderung für verschiedene, von ihm angeblich im Interesse des Sägesser gemachte Geschäftsbesorgungen, sowie für den angeblichen Verdienst seines Sohnes aus dem Dienstverhältnisse mit Sägesser zur Kompensation, wonach ihm nach Abrechnung der eingeklagten 648 Fr. 10 Cts. noch 362 Fr. 70 Cts. zu Gute gekommen wären. Nachdem indeß Sägesser durch Handgelübde an Eidesstatt gerichtlich konstatirt hatte, daß Wüthrich zwar einzelne Reisen und Verrichtungen für ihn gemacht habe, aber dafür befriedigt worden sei, daß die von Wüthrich behaupteten Geschäftsbesorgungen in Rothacker, Rothrist und Fu-

lenbach nicht in seinem Auftrage und für seine Rechnung geschehen seien und daß der Sohn des Wüthrich bei ihm anfänglich gar keinen Lohn, später 10 Fr. und schließlich 15 Fr. per Monat zu beziehen gehabt und dafür bezahlt worden sei, wurde dem Sägesser durch Urtheil des Amtsgerichtes Olten-Gösgen vom 9. März 1877 seine Klage zugesprochen, die Widerklage des Wüthrich dagegen abgewiesen.

B. Am 9. März 1879 reichte nun Wüthrich beim Amtsgerichtspräsidenten von Olten-Gösgen, als Untersuchungsrichter, eine Strafanzeige wegen Meineides gegen Sägesser ein. Der Amtsgerichtspräsident beschloß indeß am 2. Mai 1879, dieser Anzeige keine Folge zu geben. Hierauf reichte Wüthrich am 27. August 1879 eine neue vervollständigte Anzeige ein, worauf der Untersuchungsrichter am 20. Oktober gl. J. verfügte, daß die daherige Anzeige mit Belegen an den Regierungsrath des Kantons Solothurn gehe, mit dem Ersuchen, die Auslieferung des Beklagten anzubegehren. Der Regierungsrath beschloß indeß am 28. Oktober 1879 auf dieses Gesuch nicht einzutreten, da die Anzeige so unbestimmt und vag sei, daß eine Regierung weder die Auslieferung verlangen noch bewilligen könne, da ferner nicht angenommen werden könne, daß eine Verurtheilung erfolge und die Staatskasse mit großen Kosten werde belastet werden und endlich der Instruktionsrichter von Olten schon am 2. Mai 1879 verfügt habe, es sei der Strafanzeige keine Folge zu geben, ohne daß gegen diese Verfügung Beschwerde erhoben worden sei. Darauf hin beschloß der Untersuchungsrichter am 29. Oktober 1879 neuerdings, daß der Anzeige keine Folge zu geben sei, von welcher Verfügung wie von dem Beschlusse des Regierungsrathes dem Wüthrich am 5. November 1879 Kenntniß gegeben wurde.

C. Hierauf zog Wüthrich durch Eingabe vom 31. Dezember 1879, eingegangen den 17. Januar 1880, die Angelegenheit an das Bundesgericht, behauptend, die von ihm zum Beweise seiner Anzeige beigebrachten Beweismittel seien vollkommen hinreichend, um die allgemeine Voraussetzung einer Strafuntersuchung, Wahrscheinlichkeit eines Verbrechens, zu begründen. Bei dieser Sachlage liege in dem Beschlusse des Regierungs-

rathes des Kantons Solothurn, wodurch dieser sich geweigert habe, die Auslieferung des Angeschuldigten bei den Genferschen Behörden anzubegehren, eine Verletzung des Bundesgesetzes über Auslieferung von Verbrechern und Angeschuldigten, denn dieses Gesetz begründe für die Regierungen in den entsprechenden Fällen die Pflicht, die Auslieferung zu verlangen und für jeden einzelnen Bürger ein subjektives Recht auf diese Pflichterfüllung. Anstatt diese Pflicht zu erfüllen, habe die solothurnische Regierung durch ihren angefochtenen Beschluß vom 28. Oktober 1879 in unstatthafter Weise auf den Gang der Rechtspflege eingewirkt, indem durch diesen Beschluß der Untersuchungsrichter verhindert worden sei, der Anzeige, wie er es beabsichtigt habe, weitere Folge zu geben. Demnach beantrage er, es solle ihm auf die eine oder andere Weise sein durch die Kantonalbehörden verweigertes gutes Recht verschafft werden.

D. Der Regierungsrath von Solothurn bestreitet in seiner Vernehmlassung vorerst die Kompetenz des Bundesgerichtes, da weder die Bundesverfassung noch ein Bundesgesetz oder die Kantonsverfassung durch den Beschluß vom 28. Oktober 1879 verletzt sei, indem, was speziell das Bundesgesetz über Auslieferung von Verbrechern vom 24. Juli 1852 anbelange, es den Kantonsregierungen freigestellt sei, die Auslieferung, je nach der Aktenlage, anzubegehren oder die Stellung eines Auslieferungsbegehrens zu unterlassen. Uebrigens sei die Beschwerde angesichts der Verfügungen des Untersuchungsrichters von Olten vom 2. Mai und 29. Oktober 1879 völlig gegenstandslos.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Da die Beschwerde auf eine behauptete Verletzung eines angeblich durch die Bundesgesetzgebung gewährleisteten Rechtes begründet wird, so ist das Bundesgericht nach Art. 59 lit. a des Gesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege kompetent.

2. Der Rekurs ist aber unbegründet, denn a) das als verletzt bezeichnete Bundesgesetz über die Auslieferung von Verbrechern vom 24. Juli 1852 begründet, wie aus den Art. 1, 8 u. ff. desselben sich zur Evidenz ergiebt, Rechte und Pflichten zwischen den Kantonen, sowie ein individuelles Recht desjeni-

gen, dessen Auslieferung verlangt wird, daß ihm gegenüber das gesetzliche Verfahren inne gehalten werde, dagegen keineswegs ein individuelles Recht des einzelnen Bürgers, kraft dessen er die Stellung eines Auslieferungsbegehrens zu verlangen befugt wäre; b) die Beschwerde ist überdies gegenstandslos; denn nach Art. 1 des citirten Bundesgesetzes besteht eine Pflicht zur Auslieferung nur in Bezug auf Personen, welche wegen eines der in Art. 2 ibidem bezeichneten Verbrechen verurtheilt worden sind oder gerichtlich verfolgt werden. Nachdem der Untersuchungsrichter von Olten am 2. Mai und 29. Oktober 1879 verfügt hat, es werde der Anzeige gegen Sägesser keine Folge gegeben, eine gerichtliche Verfolgung gegen diesen also niemals angehoben worden ist, kann demnach von einer Stellung eines Auslieferungsbegehrens in casu nicht die Rede sein. Durch den Beschluß des Regierungsrathes vom 28. Oktober 1879 wurde übrigens der Untersuchungsrichter durchaus nicht behindert, die Untersuchung gegen Sägesser anzuheben und die allfälligen Beweise für den objektiven Thatbestand des behaupteten Verbrechens zu erheben. Wenn er dies nicht that, sondern im Gegentheil beschloß, der Anzeige keine Folge zu geben, so hatte Rekurrent, sofern er sich hiedurch beschwert glaubte, gemäß Art. 117 der solothurnischen Strafprozeßordnung sich an die allein zuständige gesetzliche Oberbehörde desselben, das Obergericht, zu wenden.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird als unbegründet abgewiesen.

II. Ertheilung des Schweizerbürgerrechtes und Verzicht auf dasselbe.

Naturalisation et renonciation à la nationalité suisse.

17. Urtheil vom 9. Januar 1880 in Sachen Geschwister Frei.

A. Unterm 17. August 1879 richtete Dr. Blattner, Fürsprech in Aarau, als Bevollmächtigter des D. Robert Uttiger, gerichtlich bestellter Vormund der minderjährigen Rekurrenten und ihrer Mutter Luise, geb. Bempert, eine Eingabe an die Regierung des Kantons Aargau mit dem Begehren: „Es seien benannte minderjährige Kinder des Otto Frei sel. aus dem dortigen Kantons- und Gemeindebürgerrecht zu entlassen."

Zur Begründung wurde angebracht: Rekurrenten seien geboren zu Highland, Madison County, Illinois; durch ihre Geburt auf dem Territorium der Vereinigten Staaten seien sie auch Bürger dieses Staates geworden und sei ihnen daher von dem kompetenten Vormundschaftsgericht ein gesetzlicher Vormund bestellt worden; als Bevollmächtigter des Letztern habe Gesuchsteller beim Gemeinderath Zuzgen die Herausgabe des diesen Minderjährigen angefallenen Vermögens verlangt, und darauf den Bescheid erhalten, daß nur dann entsprochen werde, wenn nachgewiesen werde, daß Mutter und Kinder ein neues Bürgerrecht erworben haben. Hierauf habe Gesuchsteller vom kompetenten Bezirksgericht in Edwardsville Illinois, eine Bescheinigung des amerikanischen Bürgerrechtes und gleichzeitig eine Verzichtleistung des benannten Vormundes auf das Schweizerbürgerrecht erlangt.

B. Auf eingeholte Vernehmlassung des heimathlichen Gemeinderathes Zuzgen erklärt derselbe, daß er gegen die Verzichtleistung keine Einwendung erhebe; in seiner begleitenden Zuschrift an die Justizdirektion bemerkt indessen das Bezirksamt Rheinfelden: „Es wäre im Interesse der Gemeinde, wenn auch noch

die Mutter der Kinder zur Verzichtleistung auf das hierseitige Bürgerrecht veranlaßt werden könnte. Im Ganzen scheint es den Verwandten der Kinder nur darum zu thun zu sein, sich in den Besitz des Vermögens zu setzen, um damit nach Belieben schalten und walten zu können, und es ist ja jedenfalls nicht im Interesse der Kinder, wenn dieses Bürgerrecht mit einem amerikanischen vertauscht werden kann, ohne daß die Interessenten mitsprechen könnten und von der Wichtigkeit dieses Schrittes eine Idee haben."

C. Der Auffassung des Bezirksamtes beitretend, wies der Regierungsrath unterm 19. September 1879 das Gesuch des Fürsprech Dr. Blattner ab, und zwar wesentlich gestützt auf die Erklärung, daß die Kinder Josef und Anna Frei nicht handlungsfähig seien, somit die Bedingung des Art. 6 litt. b des Gesetzes vom 3. Juli 1876 betreffend die Ertheilung des Schweizerbürgerrechtes und den Verzicht auf dasselbe nicht zutreffe.

D. Unter Beilegung eines notarialischen Zeugnisses darüber, daß die mit ihren Kindern in gemeinsamer Haushaltung lebende, selbst handlungsfähige Mutter des Josef und der Anna Frei, Namens und zu Handen ihrer Kinder, jedoch nicht für sich selbst persönlich auf das schweizerische Bürgerrecht verzichtet, ergriff Fürsprech Blattner am 15. November 1879 den Rekurs an das Bundesgericht und verlangte Aufhebung fraglicher Schlußnahme des aargauischen Regierungsrathes, im Wesentlichen unter folgender Begründung: die Auffassung der beklagtischen Regierung, die Vorschrift des Art. 6 litt. b des citirten Bundesgesetzes sei nicht erfüllt, weil Petenten nicht volljährig seien, und weil der Verzichtende selbst und persönlich handeln oder selbst und persönlich einen Bevollmächtigten bestellen müsse, sei eine unrichtige. Schon der allgemein gehaltene Wortlaut des Lemma 6 spreche gegen eine solche Auffassung. Dann sei aber nicht abzusehen, warum ein Volljähriger solle auf sein Bürgerrecht verzichten können und nicht auch ein solcher Minderjähriger, welcher nach den Gesetzen des Landes, in welchem er wohne, durch ein offizielles Organ (Vormund) gültige Rechtshandlungen vornehmen könne. Abgesehen von dem die rekurrentische Auffassung bestäti-

genden Lemma 3 des Art. 8 leg. cit., wonach der Verzicht des Vaters sich ipso jure auf die Ehefrau und minderjährigen Kinder erstrecke, sei ein vernünftiger Grund nicht einzusehen, daß nur diejenigen Schweizerbürger auf ihr Bürgerrecht sollen verzichten können vor ihrer Volljährigkeit, welche überhaupt einen Vater habe. Durch eine solche Interpretation werde vielmehr eine Ungleichheit vor dem Gesetze geschaffen, die nicht erlaubt sei. Wenn Art. 6 Lemma b vorschreibe, der auf das Schweizerbürgerrecht Verzichtende müsse nach den Gesetzen des Landes, in welchem er wohne, handlungsfähig sein, so sei damit gesagt, daß in seiner Person überhaupt die rechtliche Befugniß vorhanden sein müsse, sich gültig zu verpflichten, resp. eine rechtsgültige Erklärung abzugeben, und dies Alles nach den Gesetzen des Domizils. Was die Befürchtungen des Bezirksamtes und der Regierung betreffe, so brauche nur daran erinnert zu werden, daß nach Art. 9 des Bundesgesetzes die heutigen Beschwerdeführer, sobald sie das Alter der Volljährigkeit erreicht, die Wiederaufnahme ins Schweizerbürgerrecht verlangen können.

E. Dem gegenüber hält die beklagte Regierung ihre Schlußnahme aufrecht und führt zur Rechtfertigung derselben u. a. Folgendes an: Nach Sinn und Wortlaut des Art. 6 litt. b leg. cit. müsse der Verzichtende vor Allem handlungsfähig sein, daß nun Rekurrenten wegen ihres jugendlichen Alters nach den Gesetzen des Landes, in welchem sie wohnen, unter Vormundschaft stehen, sei unbestritten; es könne somit keinem Zweifel unterliegen, daß dieselben nach den nordamerikanischen Gesetzen nicht handlungsfähig seien. Daß das citirte Gesetz die Handlungsfähigkeit in diesem Sinne verstehe, ergebe sich zur Evidenz auch aus den übrigen Bestimmungen des Gesetzes. In der Regel könne demnach der Verzicht auf das Bürgerrecht nur aus dem eigenen Willen einer handlungsfähigen Person, nicht aber wie Gesuchsteller behauptet, aus demjenigen des gesetzlichen Vertreters eines handlungsunfähigen Menschen hervorgehen, denn das Staatsbürgerrecht sei kein gewöhnliches Privatrecht, auf welches der Vormund Namens seines Mündels mit Einwilligung der Vormundschaftsbehörde verzichten könne, sondern ein

Recht höherer staatsrechtlicher Natur, in welchem der Staat seine Bürger so lange schützen solle, als sie nicht mit ihrem eigenen Verständnisse und mit ihrem eigenen Willen darauf Verzicht leisten. Bloß in einem Falle können Personen ohne ihren eigenen Willen das Schweizerbürgerrecht verlieren, nämlich in demjenigen des Art. 8 Lemma 3 leg. cit., den Rekurrenten angeführt, und deshalb gebe der Art. 9 auch bloß der Wittwe, der geschiedenen Ehefrau, sowie denjenigen Kindern eines entlassenen Schweizerbürgers, welche zur Zeit der Entlassung noch minderjährig waren, die Berechtigung, die Wiederaufnahme in das Schweizerbürgerrecht zu verlangen. Wenn die rekurrentische Theorie richtig wäre, daß ein Vormund Namens seiner minderjährigen Schutzbefohlenen auf ihr Schweizerbürgerrecht verzichten könne, so wären letztere schlechter gestellt als die Familienkinder, denn sie könnten die Wiederaufnahme ins Schweizerbürgerrecht nicht mehr, wie diese beanspruchen. Aus den Bestimmungen der Art. 8 und 9 des Bundesgesetzes erhelle auch, daß bloß der Verzicht des Familienvaters, nicht aber der Verzicht der Mutter, auf das Bürgerrecht auch den Verzicht der minderjährigen Kinder involvire; die dem Rekurse beigelegte Erklärung der Mutter der Kinder Frei sei daher absolut unerheblich und bedeutungslos.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Art. 6 des Bundesgesetzes betreffend die Ertheilung des Schweizerbürgerrechtes und den Verzicht auf dasselbe vom 3. Juli 1876 lautet:

„Ein Schweizerbürger kann auf sein Bürgerrecht verzichten, „insofern er

„a. in der Schweiz kein Domizil mehr besitzt;

„b. nach den Gesetzen des Landes, in welchem er wohnt, „handlungsfähig ist;

„c. das Bürgerrecht eines andern Staates, für sich, seine „Ehefrau und seine minderjährigen Kinder, im Sinne des letz„tern Absatzes von Art. 8 bereits erworben hat, oder dasselbe „ihm zugesichert ist.“

2. Die aargauische Regierung geht darin einig, daß die sub litt. a und c bezeichneten Voraussetzungen als vorhanden an-

zusehen seien, bestreitet hingegen, daß diejenige unter litt. b im gegebenen Falle zutreffe, da zugestandenermaßen beide Rekurrenten, Josef und Anna Frei, minderjährig seien und deshalb als nicht handlungsfähig sowohl im Kanton Aargau, als auch an ihrem Wohnorte in Amerika unter Vormundschaft stehen.

3. Nun kann gegenwärtig dahin gestellt bleiben, ob nach der citirten Gesetzesbestimmung Handlungsunfähige überhaupt nicht auf das Schweizerbürgerrecht verzichten können, also auch nicht mit Zustimmung der Vormundschaftsbehörden, oder ob der Sinn derselben nur dahin gehe, daß ein Handlungsunfähiger nur nicht selbst den Verzicht mit rechtlicher Wirkung aussprechen könne, die Ergänzung der mangelnden Handlungsfähigkeit durch Zustimmung der Vormundschaftsbehörden des Verzichtenden aber statthaft sei. Denn auch im letzteren Falle würde die Zustimmung der Vormundschaftsbehörden am Wohnorte des Petenten nicht genügen, sondern wäre jedenfalls auch diejenige der nach der heimatlichen aargauischen Gesetzgebung für solche Rechtsgeschäfte zuständigen vormundschaftlichen Oberbehörden erforderlich und diese mangelt nun im vorliegenden Falle unbestrittenermaßen.

4. Die Erklärung, wodurch die Mutter der Josef und Anna Frei sich dem Verzichte des Vormundes Uttiger, sowie der Vollmachtgabe desselben anschließt, ist, wie die Regierung ganz richtig bemerkt, völlig unerheblich. Das angerufene Bundesgesetz enthält eben nirgends die Bestimmung, daß die Mutter „Namens und zu Händen ihrer in gemeinsamer Haushaltung lebenden minderjährigen Kinder" auf das Schweizerbürgerrecht rechtsgültig verzichten könne, sondern es spricht diese Befugniß ausschließlich dem Familienvater zu.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Rekursbeschwerde ist als unbegründet abgewiesen und es hat daher bei der Beschlußnahme der aargauischen Regierung vom 19. September 1879 sein Verbleiben.

Dritter Abschnitt. — Troisième section.

Konkordate. — Concordats.

In Konkurssachen. — Droit de concours dans les faillites.

18. Urtheil vom 30. Januar 1880 in Sachen Falliments behörde Speicher.

A. Johannes Bänziger zur Aarmühle in Rehtobel, Kantons Appenzell A./Rh., ließ Albert Egger in Speicherschwendi, Gemeinde Speicher, gleichen Kantons, auf Grund einer Forderung von 2085 Fr. 5 Cts. betreiben. Da die in Speicher vorgenommene Schatzung für den Gläubiger keine Deckung ergab, der Schuldner aber eine in Schangen, bei Tablat in St. Gallen gelegene Liegenschaft besaß, wurde auf Requisition der den Rechtstrieb leitenden Schatzungsbehörde von Speicher diese Liegenschaft durch die Schuldentrieb-Beamtung Tablat mittelst Schatzungsaktes vom 20. Mai 1879 in Schatzung genommen. Diese Schatzung ergab, nach Abzug aller Hypotheken und Verschreibungen, einen Ueberschuß von 7860 Fr. Laut Schatzungsschein der Tablater Behörde vom 3. April/20. Mai 1879 erscheint als Inhaber benannter Schatzung der Gläubiger J. Bänziger.

B. Nach dem Schatzungsakt vom 20. Mai, aber vor der Versilberung der Liegenschaft, fiel Egger in Konkurs. Hierauf wurde seine Liegenschaft in Tablat am 18. Juni 1879 auf Verlangen der Fallimentskommission Speicher durch die st. gallische Auffallsbehörde versteigert. Bei der Versteigerung wurde folgende Vormerkung zu Protokoll genommen: „Im Ferneren haftet auf dieser Liegenschaft eine schuldentriebrechtliche Schatzung

d. d. 3. April 1879 im Betrage von 2085 Fr. 5 Cts. zu Gunsten des Herrn Müller Bänziger zur Aarmühle."

Die Versteigerung ergab einen Uebererlös von 3000 Fr., die sofort vom Ersteigerer einbezahlt wurde.

C. J. Bänziger widersetzte sich der Ablieferung dieses Uebererlöses an die Fallimentskommission Speicher, erwirkte zuerst unterm 14. Juli 1879 einen Sequester auf den bei der Bezirkskanzlei liegenden Baarerlös und erhob hierauf beim Vermittleramt und beim Bezirksgericht Tablat, unterm 20. August und 14. September 1879, Anspruch auf diese Summen bis auf den Betrag von 2085 Fr. 5 Cts. nebst Kosten.

D. Mit seinem Arrestbefehle vom 14. Juli 1879 verfügt das Bezirksammannamt Tablat, es sei die an die Bezirksgerichtskanzlei Tablat bezahlte, vom Eggerschen Gut in Schangen herrührende, Verloosung von 3000 Fr., beziehungsweise der Betrag von 2085 Fr. 5 Cts., bis zu gütlicher oder rechtlicher Entscheidung der diesbezüglichen Anstände nicht herauszugeben.

E. Mit Eingabe vom 14. August 1879 beschwerte sich die Auffallskommission Speicher gegen diese Sequesterverfügung beim Regierungsrath des Kantons St. Gallen, welcher jedoch in seiner Sitzung vom 2. September gleichen Jahres den Rekurs abwies.

F. Gegen diese Beschlüsse hat die Fallimentsbehörde Speicher den Rekurs an das Bundesgericht ergriffen. Sie verlangt, es wolle dieselben und das darauf basirte gerichtliche Verfahren aufheben und den Joh. Bänziger anweisen, seine Forderung sammt allfälligen dazu gehörenden Schuldentriebrechten im Konkurse des Albert Egger in Speicher nach der für diese maßgeblichen appenzellischen Konkursordnung geltend zu machen.

Zur Unterstützung dieses Rechtsgesuches bringt Rekurrentin im Wesentlichen Folgendes an:

Die st. gallischen Behörden haben nach Ausbruch des Konkurses in Speicher, auf Eröffnung eines Separatkonkurses in Tablat verzichtet; deshalb bilde die Liegenschaft resp. deren Versilberungserlös einen Bestandtheil der Aktiven des Konkurses in Speicher. Nach Art. 2 des Konkordates von 1804 unterliege der Steigerungserlös, als Bestandtheil der Konkursmasse von Speicher, auch betreff Kollokation allfälliger Ansprecher der

Gesetzgebung desjenigen Kantons, wo das Falliment ausgebrochen sei. Auch habe Bänziger seinen Anspruch auf Befriedigung in Appenzell nach appenzellischem Gesetz geltend gemacht. Es kommen deshalb nicht die Bestimmungen des st. gallischen Konkursgesetzes, sondern diejenigen des Kantons Appenzell (Art. 12 des Gesetzes über Schuldbetreibung und Art. 11 des Gesetzes über das Konkursverfahren) zur Anwendung.

Im vorliegenden Falle sei die schuldentriebrechtliche Schatzung durch Konkurs unterbrochen, und der Konkurs habe Einstellung des Rechtstriebes vor der Versteigerung bewirkt. Hiernach gebe die Schuldbetreibung kein Pfandrecht, sondern, wenn sie bis zur Gant durchgeführt werden könne, bloß ein Recht auf Versilberung des Gegenstandes und wenn sie durch den Konkurs unterbrochen werde, höchstens ein Privilegium im Konkurse.

Die Versteigerung habe nachträglich, nicht auf Verlangen und für Rechnung Bänzigers, auch nicht schuldentriebrechtlich, sondern auf Begehren der Auffallskommission Speicher, für Rechnung der Konkursmasse Egger und konkursrechtlich stattgefunden. Das st. gallische Konkursgesetz sei nicht anwendbar, da ein st. gallischer Konkurs nicht bestehe, und demnach seien, gemäß Art. 2 des Konkordates von 1804 die besonderen Gesetze desjenigen Kantons, wo das Falliment ausbricht, allein maßgebend.

Daß es sich auch nicht um Effekten in Kreditorshänden handle nach Aufschrift des Konkordates vom 7. Juli 1810, beweise schon der Umstand, daß Bänziger erst eines Sequesters bedurft habe, um die Ablieferung des Uebererlöses an die Masse zu verhindern.

Die rekurrirten Beschlüsse involviren also eine Verletzung der Art. 2 und 3 des vorerwähnten Konkordates von 1804.

G. In ihrer Antwort trägt die Regierung von St. Gallen auf Abweisung des Rekurses an und führt unter Anderem aus:

Der Schatzungsinhaber Bänziger behauptet, gestützt auf den Schatzungsakt vom 3. April 1879, auf die im st. gallischen Gebiet gelegene Liegenschaft Pfandrechte erworben zu haben, welche zu Folge Versilberung des Pfandobjektes auf den das letztere repräsentirenden, und durch Verfügung des Bezirksamtes vom 14. Juli (vom Regierungsrath bestätigt am 2. September 1879) mit Arrest belegten Erlös transferirt worden seien. Es handle

sich daher um einen Rechtsstreit über den Bestand eines Pfandrechtes. Gesetz und Gerichtspraxis legen in St. Gallen einer auf Liegenschaften vollstreckten schuldentriebrechtlichen Schatzung die Rechtswirkung des Erwerbes dinglicher Pfandrechte bei. (Art. 79 al. 2 des Schuldentriebgesetzes und Art. 69 al. 6 litt. b des Konkursgesetzes.) Das Gesetz mache keinen Unterschied ob die Schuldbetreibung von Anfang an in St. Gallen erhoben oder als Fortsetzung einer in einem andern Kantone vollzogenen erfolglosen Schuldbetreibung erscheine.

Nun komme auch nach Konkordatsrecht die Befugniß, über die Existenz von Pfandrechten zu entscheiden, bloß dem Richter der gelegenen Sache zu. Bezüglich beweglicher Sachen (Effekten) sei dies im Konkordate vom 7. Juli 1810 ausdrücklich vorgeschrieben. Bezüglich der Liegenschaften sei die Justizhoheit des Kantons durch fragliche Konkordate gar nicht berührt. Es bedürfe gar keines Vorbehaltes, einen Separatkonkurs eröffnen zu wollen; der Separatkonkurs verstehe sich von selbst, und wenn Art. 2 des Konkordates von 1804 Arrestlegungen nach ausgebrochenem Fallimente anders als zu Gunsten der ganzen Masse untersage, so betreffe dieses Verbot nach ausdrücklicher Vorschrift bloß die Arrestlegung beweglicher Sachen. Hier aber handle es sich um Pfandrechte auf einer Liegenschaft, die auf den Ganterlös transferirt worden seien, und sei deshalb der die Rechtsprechung nach st. galler Gesetz sichernde Sequester nicht konkordatswidrig.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der vom Rekurrenten als konkordatswidrig angefochtene Sequester vom 10. Juli 1879 betrifft den Ganterlös einer Liegenschaft, an welcher der Rekursbeklagte mittelst Schatzungsaktes vom 20. Mai 1879 ein dingliches Recht (Pfandrecht) erworben zu haben behauptet. Der Umstand, daß die Schatzung requisitionsweise d. h. durch Vermittlung der Schatzungsbehörde von Speicher nachgesucht und von der Rechtstriebbeamtung in Tablat bewilligt wurde, hinderte den Schatzungsgläubiger Bänziger nicht am Erwerbe der bezüglichen Schatzungsrechte, wie denn auch Bänziger selbst als Inhaber der Schatzung in dem Schatzungsscheine bezeichnet ist.

2. Soweit nun wirklich ein dingliches Recht an der Liegenschaft kraft Schatzungsaktes bestanden haben sollte, ist dasselbe durch die Versteigerung des Pfandobjektes nicht untergegangen, sondern wurde vielmehr auf den Ganterlös der Liegenschaft übertragen, und die gleichen Rechte, die dem Pfandgläubiger an der verpfändeten Sache zustanden, müssen ihm auch mit Beziehung auf den, das Surogat und den Gegenwerth des Pfandes bildenden Erlös zukommen. (Vergl. Blumer, Schweiz. Bundesstaatsrecht II, S. 174 u. 175.)

3. Handelt es sich aber um die Frage des Gerichtsstandes für die Beurtheilung dinglicher Rechte, so ist hiefür nach konstanter bundesrechtlicher Praxis immer der Richter der gelegenen Sache als der kompetente bezeichnet worden, ohne Unterschied ob es sich um Immobilien oder Mobilien handelt. Hievon wäre nur dann eine Ausnahme zu machen, wenn sich eine solche auf eine spezielle Gesetzes- oder Konkordats-Vorschrift stützen könnte. Dies ist aber nicht der Fall. Gegentheils bestätigt das angerufene Konkordat vom 7. Juli 1810 diesen Grundsatz ausdrücklich, indem es die Beurtheilung dinglicher Rechte an Effekten des Falliten dem forum rei sitæ zuweist, was selbstverständlich um so eher bei Liegenschaften zutreffen muß.

4. Dem gegenüber ist auch die Einwendung nicht stichhaltig, es habe im Kanton St. Gallen kein eigentlicher Separatkonkurs über die betreffende Liegenschaft stattgefunden, vielmehr hätten die st. galler Behörden auf einen solchen verzichtet. Denn mag es sich in dieser Richtung verhalten wie es will, so bleibt die Entscheidung über das vom Rekurrenten in Anspruch genommene Pfandrecht unter allen Umständen dem st. galler Richter, als demjenigen der gelegenen Sache, vorbehalten.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs ist als unbegründet abgewiesen.

Vierter Abschnitt. — Quatrième section.

Kantonsverfassungen. — Constitutions cantonales.

Eingriffe in garantirte Rechte.
Atteintes portées à des droits garantis.

19. *Arrêt du 9 Janvier 1880, dans la cause des compagnies d'assurances l'Union et consorts.*

Le 22 Novembre 1878 fut promulgée une loi, adoptée le 21 dit par le Grand Conseil de Neuchâtel, concernant les compagnies d'assurances sur la vie et contre les accidents arrivant aux personnes.

A son art. 5, cette loi statue que « l'autorisation accordée » à une compagnie pourra toujours être révoquée, » et que, « dans ce cas les assurés auront le droit de dénoncer la réa- » lisation du contrat d'assurance. »

Dans la séance du Grand Conseil du dit 21 Novembre, le rapporteur donna à cette disposition l'interprétation ci-après, inscrite au procès-verbal à titre de commentaire :

« La compagnie qui tombera sous l'application de l'art. 5, » sera dans la position d'un débiteur qui n'exécute pas son » obligation ; l'assuré, créancier de l'obligation, pourra pour- » suivre la résiliation du contrat en réclamant des dom- » mages-intérêts ; l'indemnité comprendra premièrement et » avant tout la restitution des sommes versées par l'assuré à » la compagnie et l'intérêt de ces sommes dès la date des » versements; elle pourra s'étendre à tous autres dom- » mages qui seraient prouvés. »

Par circulaire du 18 Décembre 1878, le Département neu-

châtelois des Travaux publics avise les compagnies d'assurances que pour obtenir l'autorisation de contracter dans le canton des assurances sur la vie, elles doivent fournir entre autres une déclaration portant que la requérante entend la portée de l'art. 5 de cette loi en ce sens que dans le cas prévu au dit article, la résiliation du contrat aurait pour conséquence le remboursement réciproque entre la compagnie et l'assuré, en capital et intérêts légitimes, de toutes les sommes payées par l'assuré à la compagnie et reçues par l'assuré de la compagnie à titre de part aux bénéfices ou autrement.

Cette circulaire ayant donné lieu à de vives réclamations de la part de plusieurs compagnies intéressées, le Conseil d'Etat reconnaît, dans son rapport du 7 Février 1879, que l'interprétation donnée à l'art. 5 de la loi, dans la discussion du Grand Conseil, dépasse la mesure de ce qui est nécessaire; tout en proposant de laisser la loi telle quelle et de demander aux compagnies la promesse de s'y conformer sans autres adjonctions, le Conseil d'Etat ajoute toutefois qu'il résultera de cette situation « qu'en cas de résiliation de contrat, aux termes » de l'art. 5 et pour la cause mentionnée à l'art. 5 de la loi, » les conditions de cette résiliation seront réglées par le Juge » neuchâtelois, si les parties ne peuvent s'entendre à l'a- » miable. »

Ce rapport fut soumis au Grand Conseil, qui en adopte les conclusions et en donne acte au Conseil d'Etat le 12 Février.

Le Conseil d'Etat porte cette décision à la connaissance des agents des compagnies, par circulaire du 27 Février 1879.

Le 7 Juin suivant, le Conseil d'Etat publie un règlement d'exécution de la loi du 21 Novembre 1878. L'art. 6 de ce règlement dispose que « le Conseil d'Etat ne peut en aucun cas, » même dans celui d'un retrait d'autorisation, connaître des » questions de droit civil à régler entre une compagnie et ses » assurés, les Tribunaux compétents du canton ayant seuls » qualité pour prononcer en ces matières. »

C'est contre l'art. 5 de la loi susvisée que les prédites Compagnies ont recouru d'abord au Conseil fédéral pour violation de l'art. 31 de la Constitution fédérale, puis au Tribunal fé-

déral, à savoir, l'Union le 21 Avril, la Compagnie d'assurances générales, le 3 Mai, et la Nationale, le 10 Mai 1879.

Dans des écritures identiques, elles concluent à ce qu'il plaise à ce Tribunal prononcer la suppression de la seconde partie de cet article, ainsi conçue :

« Dans ce cas, les assurés auront le droit de dénoncer la » résiliation du contrat d'assurance. »

A l'appui de cette conclusion, les Compagnies recourantes présentent les considérations suivantes :

L'art. 8 de la Constitution neuchâteloise proclame que la propriété est inviolable. A ce grand principe se rattache par voie de conséquence celui du respect des contrats librement consentis. Or, l'Etat qui ne pourrait valablement rompre rétroactivement un acte de vente, un testament, un contrat de mariage, ne peut sans violer ce principe constitutionnel, annuler rétroactivement une police d'assurance. Il n'appartient pas à la loi d'ordonner une telle résiliation rétroactive, de mettre à néant les contrats intervenus et d'empiéter sur le domaine judiciaire en indiquant d'avance au Tribunal en quoi devront consister les dommages-intérêts qui seront dus.

Dans leur réplique, les recourantes ajoutent :

Les atténuations apportées à l'art. 5 par le second commentaire du Grand Conseil et par le règlement d'exécution ne sont pas suffisantes. Lorsqu'il s'agit d'une assurance contre les accidents, où l'assuré est lié pendant un certain nombre d'années, on comprend qu'une résiliation soit nécessaire et que la loi donne à l'assuré le droit de la dénoncer, mais, en matière d'assurances sur la vie, l'assuré n'étant pas lié et pouvant cesser quand bon lui semble de payer ses primes, il n'y a réellement pas matière à résiliation. Des dommages-intérêts peuvent être encourus pour un préjudice causé à l'assuré, mais aucun Tribunal ne pourrait, sans violer tous les principes du droit, prononcer une résiliation rétroactive, ce qui aurait lieu si la restitution des primes était ordonnée par lui.

Donc, pour les contrats d'assurance sur la vie, si c'est pour l'avenir que l'art. 5 entend établir pour l'assuré le droit de dénoncer la résiliation, il est inutile. Si c'est pour le passé, il

contient une annulation rétroactive du contrat au mépris des droits librement constitués et des obligations librement consenties.

Les Compagnies requérantes persistent dans les conclusions de leurs recours devant le Tribunal fédéral, en reconnaissant toutefois que les dits recours recevraient satisfaction suffisante s'il résultait de la décision à intervenir que le Tribunal fédéral, interprétant l'art. 5 de la loi du 21 Novembre 1878, déclare que la disposition portant que les assurés auront le droit de dénoncer la résiliation du contrat d'assurance, s'applique exclusivement aux contrats d'assurance contre les accidents et ne peut s'appliquer aux contrats d'assurance sur la vie, — les assurés de cette catégorie pouvant toujours, à leur gré, faire cesser les effets de leurs contrats, — et que le droit qui leur appartient consiste alors à obtenir l'application, pour le passé, des conditions des dits contrats, et à réclamer en outre des dommages-intérêts, s'ils ont subi, de la part de la Compagnie, un préjudice.

Dans sa réponse et sa duplique, le Conseil d'Etat conclut à ce qu'il plaise au Tribunal fédéral écarter le recours comme périmé; subsidiairement et au fond, déclarer le recours mal fondé.

Le Conseil d'Etat estime en effet :

Les recours de droit public doivent être exercés dans le délai de 60 jours, à dater de l'acte dont est recours : or la loi contre laquelle les Compagnies s'élèvent, est du 21 Novembre 1878; elle a été promulguée le 22 dit. C'est donc avec le 22 Janvier 1879 qu'expirait le délai pour recourir.

Au fond, l'art. 5 incriminé ne prononce l'annulation d'aucun contrat; il se borne simplement à donner, en cas de retrait d'autorisation, *le droit* aux assurés de résilier leurs contrats, droit dont ils sont libres de faire usage. Il n'y a aucune espèce de rétroactivité imposée, puisque, aux termes des dispositions transitoires, art. 7 de la loi, les Compagnies d'assurances ont le choix entre le maintien de l'état antérieur ou l'acceptation de l'état nouveau. Dans le premier cas, elles auront renoncé à l'autorisation d'opérer dans le canton; dans le

second cas, elles auront à se conformer aux dispositions de cette loi.

L'arrêté du Conseil d'Etat retirant à une Compagnie l'autorisation sera souverain quant au retrait d'autorisation, mais il laissera pleine liberté au Juge d'apprécier la gravité des motifs énoncés dans l'arrêté prononçant ce retrait. L'action des Tribunaux est d'ailleurs réservée, exclusivement à toute autre, pour le règlement des contestations de droit civil qui peuvent surgir entre la Compagnie et ses assurés, en particulier sur la question de savoir si, cas échéant, les dédommagements à allouer aux dits assurés le seront sous la forme de dommages-intérêts, ou sous celle de restitution de primes.

Après les commentaires donnés à la loi par la décision du Grand Conseil du 12 Février 1879, ainsi que par le Règlement du 9 Juin suivant, plusieurs sociétés d'assurances suisses et françaises ont expressément accepté cette loi sans aucune réserve.

La conclusion subsidiaire prise en réplique et enfin inadmissible, puisque le Tribunal fédéral n'a point compétence pour changer le texte de l'art. 5 : en le complétant par voie d'interprétation, cette autorité empiéterait sur le pouvoir législatif réservé au Grand Conseil.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

1° En ce qui touche l'exception de péremption, il s'est écoulé plus de soixante jours entre la promulgation de la loi et le dépôt des mémoires au Greffe fédéral. Les recours contre la loi comme telle seraient ainsi tardifs, mais une décision administrative ou judiciaire prise en application de la loi incriminée pourrait, en revanche, dans l'avenir et en conformité de la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, être contestée dans le même délai, fixé par l'art. 59 de la loi fédérale d'organisation judiciaire. Il se justifie donc, dans l'intérêt des parties aussi bien que dans celui de la sûreté du droit, de ne point user de rigueur en matière d'exception de tardivité opposée à des recours dirigés contre des lois. Il y a d'autant plus lieu d'écarter cette exception dans l'espèce, que, d'une part l'interprétation définitive de la disposition

légale attaquée n'est intervenue que le 12 Février 1879, et que, d'autre part, c'est seulement par circulaire du 27 dit que les représentants des Compagnies ont été mis en demeure de déclarer s'ils voulaient se soumettre à la loi.

2° Au fond, les recours se basent uniquement sur le motif que l'art. 5 de la loi du 21 Novembre 1878 viole les droits acquis des Compagnies recourantes.

Il est évident qu'il ne saurait être question, à cet égard, que des contrats consentis avant la mise en vigueur de cette loi, et des droits acquis par les dites recourantes, ensuite de ces contrats. Or la loi se borne à statuer qu'en cas de révocation de l'autorisation accordée à une Compagnie les assurés auront le droit de dénoncer la résiliation du contrat d'assurance, mais elle ne détermine nulle part quelles seront les conséquences d'une telle résiliation au point de vue des stipulations des contrats, des primes payées, etc. Au contraire, et à teneur de la déclaration du Conseil d'Etat, la décision des Tribunaux compétents du Canton est expressément et absolument réservée.

Il ne saurait dès lors être question d'une violation de droits de propriété par une loi qui réserve à l'appréciation du juge tout ce qui a trait au règlement des réclamations civiles que son application pourrait faire surgir. Les recours sont, en outre, dépourvus de fondement par le motif qu'aux termes de la même déclaration du Conseil d'Etat, laquelle concorde avec les articles 5 et 7 précités, la loi ne pourra être appliquée aux contrats conclus avant sa mise en vigueur que pour autant que les Compagnies recourantes, pour pouvoir continuer à stipuler des assurances dans le Canton de Neuchâtel, se soumettraient dans ce but volontairement à ses dispositions.

L'application de la loi à ces contrats antérieurs est ainsi entièrement subordonnée à leur libre décision.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Les recours sont rejetés.

---

20. Urtheil vom 13. März 1880 in Sachen Schindler und Genossen.

A. Am 4. Mai 1879 nahm das Volk des Kantons Bern ein ihm vom Großen Rathe vorgelegtes Gesetz über das Wirthschaftswesen und den Handel mit geistigen Getränken an, welches unter anderm folgende Bestimmungen enthält:

„§ 2. Zur Ausübung einer Wirthschaft ist ein Patent erfor„derlich. Das Patent lautet auf einen bestimmten Inhaber „und auf ein bestimmtes Lokal und in demselben sind sämmt„liche zur Ausübung der Wirthschaft zu verwendenden Räum„lichkeiten zu verzeigen.

„§ 3, 3. alinea: Wesentliche Veränderungen, welche wäh„rend der vierjährigen Periode (§ 6) an den Wirthschaftslokali„täten vorgenommen werden, bedürfen der Einwilligung der „Direktion des Innern.

„§ 9. Die Inhaber von Wirthschaften haben eine jährliche, „zum Voraus zu entrichtende Gebühr zu bezahlen, welche nicht „von der Einkommenssteuer, sondern von dem versteuerbaren Ein„kommen abzuziehen ist u. s. w.

„Es werden folgende Patentklassen aufgestellt:

„1. Wirthschaften mit Beherbergungsrecht.

„2. Wirthschaften ohne Beherbergungsrecht u. s. f.

„§ 12. Bei der Gesammterneuerung der Wirthschaftspatente „am Beginne einer jeweiligen vierjährigen Periode (§ 6) ist die „Eintheilung in die verschiedenen Patentklassen (§ 9, 10 und „11) einer Revision zu unterwerfen. Diese Gesammtrevision „wird nach Anhörung der Gemeinderäthe und Regierungsstatt„halter von der Direktion des Innern unter Mitwirkung der „Finanzdirektion vorgenommen.

„Dasselbe Verfahren gilt in der Zwischenzeit für die Ein„theilung der bewilligten Patente.

„Im Laufe der Periode kann da, wo außerordentliche Ver„hältnisse eintreten, für einzelne Wirthschaften die Patentgebühr „ermäßigt werden.

„§ 13. Die bisher auf Grund von Konzessionen, Titeln und „unvordenklichem Herkommen ausgeübten Wirthschaften unterlie-

„gen vom Inkrafttreten dieses Gesetzes hinweg allen Bestimmun-
„gen desselben. Den Inhabern solcher Wirthschaften wird für
„die Aufhebung der genossenen Vortheile aus Billigkeitsgründen
„eine Vergütung bewilligt, nach folgenden Grundsätzen:

„a. Das Maß der Vergütung wird unter Berücksichtigung
„aller einschlagenden Faktoren festgesetzt, sie darf aber jeden-
„falls den fünfzehnfachen Betrag der nach dem Gesetz vom
„29. Mai 1852 auf die betreffende Wirthschaft anwendbaren
„Patentgebühr nicht übersteigen;

„b. Die Festsetzung der Vergütung geschieht durch ein kanto-
„nales Schiedsgericht, über dessen Ernennung und Verfahren
„ein Vollziehungsdekret die nähern Bestimmungen enthalten
„wird;

„c. Die auf diese Weise ausgemittelten Vergütungssummen
„werden in Staatsschuldscheinen ausgerichtet, welche zu 4 ½
„vom Hundert verzinset und innert zwölf Jahren in der Weise
„amortisirt werden, daß Zins und Amortisation zusammen zwölf
„gleich große jährliche Beträge ausmachen.

„§ 14. Denjenigen Inhabern von den in § 13 genannten
„Wirthschaften, welche gegenüber dem Staate für die durch dieses
„Gesetz entzogenen Vortheile einen Rechtsanspruch auf Entschä-
„digung zu haben vermeinen und sich dem in § 13 vorgesehe-
„nen Verfahren nicht unterziehen wollen, steht der ordentliche
„Rechtsweg offen.

„Die Inhaber der vorgenannten Wirtschaften haben sich bis
„zum 31. Dezember 1879 zu erklären, ob sie sich dem in § 13
„vorgesehenen Verfahren zu unterziehen bereit seien.

„§ 34, Ziffer 1. In eine Buße von 50—100 Fr. verfällt:
„Wer, ohne im Besitze eines Wirthschaftspatentes zu sein,
„die mit einem solchen Patente verbundenen Rechte ausübt
„oder wer seine Berechtigung überschreitet. (§§ 1, 2, 8 u. 11.)

„§ 36. Beim zweiten Rückfall innert Jahresfrist gegen die
„Bestimmungen betreffend die Wirthschaftspolizei (Titel III) kann
„und unter erschwerenden Umständen soll durch das gerichtliche
„Urtheil zugleich die Schließung der Wirthschaft auf wenigstens
„drei Monate verfügt und der Inhaber für die nämliche Dauer
„unfähig erklärt werden, eine Wirthschaft auszuüben.

„Bei Verbrechen und groben Vergehen eines Wirthes, auch „wenn keine Uebertretung des gegenwärtigen Gesetzes vorliegt, „kann derselbe richterlich auf eine bestimmte Zeitdauer oder „auf immer unfähig erklärt werden, eine Wirthschaft auszu„üben.

„§ 42. Dieses Gesetz tritt nach dessen Annahme durch das „Volk in Kraft."

B. Vermittelst Rekursschrift vom 30. Juni 1879 führten P. D. Schindler und Genossen, gestützt auf Art. 59 litt. a des Gesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 27. Juni 1874, gegen die angeführten Bestimmungen des citirten Gesetzes beim Bundesgericht Beschwerde. Sie stellen die Anträge:

1. Es sei zu erkennen, die in § 13 des bernischen Gesetzes über das Wirthschaftswesen und den Handel mit geistigen Getränken vom 4. Mai 1879 enthaltene Bestimmung, daß die bisher auf Grund von Konzessionen, Titeln und unvordenklichem Herkommen ausgeübten Wirthschaften von Inkrafttreten des Gesetzes hinweg allen Bestimmungen desselben unterliegen, sei als verfassungswidrig aufzuheben.

2. Es seien ebenso die anderweitigen Bestimmungen des genannten Gesetzes, insoweit sie die Durchführung des im ersten Rechtsbegehren erwähnten Grundsatzes bezwecken, als verfassungswidrig aufzuheben, und zwar namentlich außer dem § 13 die § 2, 3, 9, 12, 14, 34 Ziffer 1, 36 und 42.

Alles unter Kostenfolge.

Zur Begründung wird im Wesentlichen angeführt: Aus dem Fakt. A transkribirten Gesetzesbestimmungen ergebe sich zur Evidenz, daß die auf Konzessionen, Titeln, und unvordenklichem Herkommen beruhenden Wirthschaftsberechtigungen nunmehr aufgehoben sein sollen. Darin liege eine Verletzung des § 83 und des § 79 Lemma 2 der bernischen Staatsverfassung, von welchen der erstere bestimme: „Alles Eigenthum ist unverletzlich. Wenn das gemeine Wohl die Abtretung eines Gegenstandes desselben erfordert, so geschieht es einzig gegen vollständige und wenn möglich vorherige Entschädigung," und der letztere den Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit nur unter dem

ausdrücklichen Vorbehalt gesetzlicher Bestimmungen, welche das allgemeine Wohl, die Hebung der Industrie und erworbene Rechte erfordern, ausspreche. Denn: 1. Die den Beschwerdeführern zustehenden, theils auf Konzessionen, theils auf Titeln oder unvordenklichem Herkommen beruhenden Wirthschaftsrechte seien eigentliche Privatrechte und nicht bloße Vergünstigungen. 2. Dieselben haben bis zum Erlasse des neuen Wirthschaftsgesetzes fortbestanden. 3. Ihre Aufhebung sei rechtlich nicht zulässig. 4. Jedenfalls leiste das erlassene Gesetz denjenigen Voraussetzungen keineswegs ein Genüge, an welche die bernische Verfassung die Abtretung, beziehungsweise Aufhebung von Eigenthum knüpfe. Zur Begründung des sub 1 aufgestellten Satzes wird in erster Linie auf die geschichtliche Entwicklung der Wirthschaftsrechte hingewiesen. Die Berechtigung zur Führung von Wirthschaften sei vor der Reformation von 1528 von den Inhabern der Grundherrschaften in Anspruch genommen und von diesen die Tavernen und Pintenwirthschaften meist als „Erblehen" oder auch als „Zeitlehen" verliehen, seltener selbst betrieben oder verpachtet worden. Nach der Reformation seien, in Folge der stattgefundenen Säkularisationen, die meisten Grundherrschaften auf den Landesherrn übergegangen, so daß die Berechtigungen der Grundherrn in Bezug auf die Wirthschaften sich in der Hand des Landesherren vereinigten. Die Regierung habe nun, um einem als schädlich erachteten Ueberhandnehmen der Wirthschaften zu steuern, wiederholt und zwar in den Jahren 1628, 1688 und 1743 eine Revision der bestehenden Wirthschaftsrechte vorgenommen und solche Wirthschaften, deren Inhaber sich weder hinsichtlich des Bedürfnisses noch hinsichtlich des Titels genugsam rechtfertigen konnten, aufgehoben. Dabei sei aber als Grundsatz festgehalten worden, daß die nachweislich auf Konzessionen im engern Sinne, Titeln oder Herkommen beruhenden Wirthschaften unbeanstandet bleiben sollen; bei den spätern Revisionen habe man auch daran festgehalten, daß die Rechtsgültigkeit des Titels für eine im Jahre 1628 nicht beanstandete Wirthschaft nicht mehr in Zweifel zu ziehen sei. Seit 1628 habe die Regierung auch noch häufig neue Wirthschaftskonzessionen ertheilt, allerdings vielfach, aber durchaus nicht

durchgängig unter dem Vorbehalte, „so lange es uns gefällt." Nachdem die helvetische Regierung vorübergehend das französische Patentsystem eingeführt hatte, sei durch die Mediationsregierung das alte Konzessionssystem wieder hergestellt und seien durch ein Polizeireglement über Wirthshäuser und Pintenschenken, erlassen durch Schultheiß und Räthe des Kantons Bern, am 17. und 21. September 1804 die vor dem Jahre 1798 ertheilten Konzessionen bestätigt worden. Hiebei sei es im alten Kantonstheile bis zum Jahre 1831 verblieben. Nach Vereinigung des Jura mit dem Kanton Bern habe die Regierung über die Berechtigungen der vorgefundenen Wirthschaften genaue Nachforschungen anstellen lassen und, auf diese gestützt, zweihundert und vierzig derselben, als auf droits réels beruhend, anerkannt und den Besitzern neue Konzessionen ausgestellt, in welchen allerdings die Regierung sich meist das Recht des Widerrufes oder der Modifikation der Konzession vorbehalten habe, ohne aber dadurch die betreffenden Konzessionen zu bloßen Vergünstigungen zu stempeln; seither haben die jurassischen Konzessionen durchaus das Schicksal derjenigen des alten Kantons getheilt. Nachdem durch die neue Verfassung von 1831 der Grundsatz der Gewerbefreiheit eingeführt worden sei, haben doch die Gesetze über das Wirthschaftswesen vom 13. Juli 1833 und 2. Mai 1836, von denen das letztere das Patentsystem eingeführt habe, die auf Konzessionen, Titeln oder auf unvordenklichem Herkommen beruhenden Wirthschaften neuerdings in ihrem Bestande ausdrücklich anerkannt; nur die mit einzelnen Wirthschaften verbundenen Bannrechte seien aufgehoben worden. In gleicher Weise habe dies das, auf Grund der revidirten Staatsverfassung von 1846 erlassene Wirthschaftsgesetz vom 4. Juni 1852 gethan, welches auch die den Inhabern solcher Wirthschaftsrechte zustehenden Befugnisse ausdrücklich als „Rechte und Berechtigungen" bezeichne. Auf Grund dieses Gesetzes habe im Jahre 1856 eine letzte Revision der alten Wirthschaftsrechte stattgefunden, in welcher die auf Konzessionen und besondern Titeln, sowie die auf unvordenklichem Besitz beruhenden abermals gutgeheißen worden seien. Bemerkenswerth sei endlich noch, daß auch seit 1798 die Regierung wiederholt Wirthschaftsrechte ohne

Einschränkung als freies Eigenthum durch Kauf oder Tausch veräußert habe. Mit Rücksicht auf diese geschichtliche Entwicklung seien die Wirthschaftsberechtigungen, welche in weitaus der Mehrzahl die Fälle mit einem bestimmten Hause verbunden seien, als Realrechte und demnach als Privatrechte zu qualifiziren; sie seien auch vom Gesetzgeber selbst als solche behandelt, z. B. in dem Tellgesetze vom 14. Juni 1823 wie alles andere Eigenthum der Besteuerung unterworfen worden. Als bloße Vergünstigungen können sie nicht betrachtet werden. Dies sei bei den auf Vertrag beruhenden schon durch ihre Entstehungsart ausgeschlossen. Das gleiche gelte aber auch für die auf Konzessionen im engern Sinne, d. h. auf Ermächtigung der Regierung oder auf unvordenklichen Besitz begründeten. Ein großer Theil der sogen. Konzessionen sei lehenrechtlicher Natur; die Inhaber von Konzessionen lehenrechtlichen Ursprungs dürfen, nachdem in allen übrigen Fällen die Lehen gegen Ablösung der Lehensgefälle freies Eigenthum der Belehnten geworden seien, ebenfalls den Anspruch erheben, daß ihre Konzessionen als freies Eigenthum respektirt und gegen Loskauf der Gefälle ihnen belassen werden. Die übrigens in vielen Konzessionen nicht vorkommende Clausel: „so lange es uns gefällt," sei nicht dahin auszulegen, daß der Regierung das Recht willkürlichen Widerrufes zustehen solle, sondern die Regierung habe sich das Recht der Revokation nur für den Fall des Mißbrauches der Konzession durch den Berechtigten vorbehalten wollen. Dieser Satz, sowie überhaupt die Gleichstellung aller alten Wirthschaftsberechtigungen, mögen dieselben auf Vertrag, Konzession oder unvordenklichem Herkommen beruhen, ergebe sich zur Evidenz aus der Geschichte der Entwicklung der Wirthschaftsrechte, wonach jeweilen ohne Unterschied alle alten Wirthschaftsrechte anerkannt und bestätigt worden seien. Die sämmtlichen Wirthschaftsberechtigungen ohne Unterschied haben denn auch in privatrechtlichem Verkehr gestanden, seien verkauft, vertauscht, vererbt worden u. s. w., ohne daß jemals seitens der Regierung gegen die Fertigung der betreffenden Akten im Grundbuche Widerspruch erhoben worden wäre. Es werde nun freilich behauptet, die alten Wirthschaftsberechtigungen seien thatsächlich bereits durch die Einfüh-

rung der Gewerbefreiheit und die Aufhebung der Normalzahl der Wirthschaften aufgehoben worden, allein dies sei nicht richtig. Dieselben haben, weil sie, im Gegensatz zu den Wirthschaftspatenten, ein zeitlich unbeschränktes Recht verleihen, das Wirthschaftsgewerbe, und zwar lediglich gegen Erlegung der konzessionsmäßigen Gebühren, zu betreiben, auch heute noch eine erhebliche Bedeutung und einen praktischen Werth. Die Aufhebung der alten Wirthschaftsrechte sei auch nicht, wie behauptet worden sei, durch Art. 4 oder Art. 31 der Bundesverfassung gefordert; ihr Bestand verletze weder die Gleichheit vor dem Gesetze, noch auch die Gewerbefreiheit. Vielmehr sei ihre Aufhebung mit § 83 der bernischen Verfassung unverträglich, da es sich hier nachgewiesenermaßen um Privatrechte handle und kein Grund des öffentlichen Wohles ihre Aufhebung fordere; nur unter letzterer Voraussetzung sei aber der Staat, dessen Gesetzgebungsrecht an dem verfassungsmäßig gewährleisteten Rechte des Einzelnen seine Schranke finde, zur Aufhebung von Privatrechten befugt. Jedenfalls übrigens, auch wenn angenommen werde, das öffentliche Wohl erfordere die Abtretung der Wirthschaftsrechte, so entspreche doch das angefochtene Gesetz den Voraussetzungen, unter welchen allein nach § 83 der bernischen Staatsverfassung die Aufhebung eines Privatrechtes stattfinden dürfe, in keiner Weise. Denn es stelle der § 13 des angefochtenen Gesetzes nicht eine volle Entschädigung von Rechtswegen, sondern nur eine Vergütung aus Billigkeitsgründen in Aussicht; wem aber ein Privatrecht entzogen werde, der dürfe eine Entschädigung von Rechtswegen fordern. Uebrigens sei auch die in Aussicht gestellte Vergütung keineswegs eine vollständige, da sie ihrem Maximalbetrage nach von vornherein begrenzt sei, also die Möglichkeit ausgeschlossen sei, im einzelnen Falle Faktoren zur Geltung zu bringen, welche eine höhere Ersatzforderung rechtfertigen würden. Ferner solle die in Aussicht gestellte Entschädigung auch nicht, wie die Verfassung es verlange, vor der Abtretung des enteigneten Rechtes ausgerichtet werden; denn das Gesetz solle in allen seinen Theilen sofort in Kraft treten, den Inhabern alter Wirthschaftsrechte ihr Recht also sofort entzogen werden, während die Vergütung erst später, nach Durch-

führung des in § 13 cit. vorgesehenen schiedsrichterlichen Verfahrens bezahlt werden solle. Endlich sei die letztere überhaupt nicht allen Inhabern alter Wirthschaftsrechte bewilligt, sondern bloß denjenigen, welche bis zum 31. Dezember 1879 ihre Unterwerfung unter das im Gesetze vorgesehene schiedsrichterliche Verfahren erklären, während gegenüber den übrigen der Staat sogar jede Ersatzpflicht bestreite und dieselben an die Gerichte verweise.

C. Die Regierung des Kantons Bern weist dagegen in ihrer Vertheidigung in erster Linie darauf hin, daß es sich im vorliegenden Falle lediglich um einen staatsrechtlichen Rekurs, d. h. um die Frage handle, ob der bernische Gesetzgeber durch Artikel 83 der Verfassung verhindert gewesen sei, die Frage der Wirthschaftskonzessionen so zu erledigen, wie er es in den angefochtenen Gesetzesbestimmungen gethan habe; dagegen könne es sich in dieser Instanz keineswegs darum handeln, zu entscheiden, ob und welcher privatrechtliche Werth jeder einzelnen Konzession zukommen möge, ob und in welchem Umfange daher deren Entzug zu einer Entschädigungsforderung gegenüber dem Staate berechtige. Letztere Frage sei nicht jetzt und nicht vom Bundesgerichte als Staatsgerichtshof, sondern sie sei für jeden einzelnen Rekurrenten besonders durch die zuständigen Civilgerichte im Wege des gesetzlichen Civilprozeßverfahrens zu erledigen. In der Sache selbst sodann wird ausgeführt: die in § 83 der bernischen Staatsverfassung enthaltene Garantie des Eigenthums beziehe sich nur auf Eingriffe in das Eigenthum, welche von der souveränen Gewalt im Staate ausgehen; denn gegen Eingriffe von anderer Seite stehen den Bedrohten oder Verletzten die Gerichte und Exekutivbehörden schützend zur Seite. Auch die souveräne Staatsgewalt aber verletze die verfassungsmäßige Eigenthumsgarantie nur dann, wenn sie sich entweder durch eigenmächtigen Beschluß, ohne Anrufung des richterlichen Entscheides, einer unstreitig des Privatrechtes fähigen und im Besitze eines Andern befindlichen Sache, bemächtige, oder aber wenn sie Rechte, die nach heutigem Staatsrechte Ausflüsse der Staatshoheit seien, gleichwohl aber von ihren bisherigen Inhabern als wohlerworbene Privatrechte beansprucht werden, vindizire,

ohne den Betheiligten in Betreff allfälliger Entschädigungsansprüche den Rechtsweg vor den Gerichten unverkürzt vorzubehalten. In den Fällen der letzten Art liege also die Verletzung der Verfassung nicht schon darin, daß die Gesetzgebung jene Rechte als einen Theil der Staatshoheit erkläre, sondern die Verfassungsverletzung beginne erst dann, wenn die Gesetzgebung die widerstrebenden bisherigen Inhaber mit ihren beglaubten Entschädigungsansprüchen vor den zuständigen Gerichten entweder ausschließe oder doch verkürze. Das Verlangen vorgängiger Expropriation sei in solchen Fällen deßhalb unberechtigt, weil die Enteignung sich nur auf anerkannte Privatrechte beziehen könne, hier aber Rechte in Frage stehen, deren privatrechtliche Natur bestritten und erst noch vor den Gerichten im Civilprozeß zu erweisen sei. Diese Sätze seien allenthalben unbestrittenes Staatsrecht; in bezeichnender Weise seien dieselben im Kanton Bern bei Aufhebung der Privatzollgerechtigkeiten zur Anwendung gelangt. Durch ein Gesetz vom 1. Dezember 1836 nämlich seien diese Zollgerechtigkeiten aufgehoben und in Bezug auf die Entschädigung gewisse, das Maß stark beschränkende Grundsätze als für die Gerichte obligatorisch erklärt worden. Auf Beschwerde der Betheiligten hin indeß habe der Große Rath durch Gesetz vom 23. Mai 1848 die Bestimmungen des frühern Gesetzes, soweit sie die Entschädigungsfrage betrafen, wieder aufgehoben und die Frage der Rechtmäßigkeit der Entschädigungsforderungen sowie eventuell die Ausmittlung des Betrages der Entschädigung unpräjudizirt vor die Gerichte gewiesen. Eine Wiederherstellung der aufgehobenen Zollrechte selbst dagegen sei Niemandem eingefallen. Aus diesen Ausführungen ergebe sich die Unbegründetheit des staatsrechtlichen Rekurses der Beschwerdeführer zur Genüge, und ein Eingehen auf die geschichtliche Entwicklung und die rechtliche Natur der Wirthschaftskonzessionen wäre daher eigentlich nicht erforderlich. Indessen werde zur Rechtfertigung des Vorgehens des bernischen Großen Rathes und des bernischen Volkes in dieser Beziehung Folgendes bemerkt: Die Berechtigung zur Betreibung des Wirthschaftsgewerbes sei im Kanton Bern von jeher von der Bewilligung einer höhern Behörde, anfänglich des Grundherrn, später des Staates, abhän-

gig gewesen. Bei den verschiedenen staatlichen Revisionen des Wirthschaftswesens bis zum Jahre 1798 zeige sich keine Spur einer Anerkennung von Wirthschaftsrechten im privatrechtlichen Sinne des Wortes; vielmehr ergebe sich, daß der Staat, wenn er auch regelmäßig die einmal ertheilte Konzession bestätigt habe, sich doch jederzeit für befugt gehalten habe, dieselbe nicht nur wegen schlechten Betriebes, sondern auch wegen mangelnden Bedürfnisses, nach Belieben zurückzuziehen; nirgends stehe der „Abstellung" einer Wirthschaft ein wohlerworbenes Privatrecht entgegen. Dies gelte nicht nur von solchen Concessionen, welche den Vorbehalt, „so lange es uns gefällt„ enthalten, sondern auch von solchen, in welchen diese Clausel fehle. Die den Inhabern auferlegte Pflicht zur Bezahlung einer jährlichen Konzessionsgebühr habe die Anerkennung, daß die Bewilligung seitens der Staatsbehörde eine bloße widerrufliche Vergünstigung sei, von selbst eingeschlossen. Daß man auch späterhin an dieser Auffassung festgehalten habe, ergebe sich z. B. aus dem Gesetze über den Loskauf der Lehensgefälle vom 18. Mai 1804.

Die gleiche Anschauung zeigen die nach der Vereinigung des Jura mit dem Kanton Bern den jurassischen Wirthen ertheilten Konzessionen. Als in Folge der Einführung der Gewerbefreiheit die zu Gunsten der Wirthschaften bestehenden Bannrechte durch Art. 4 des Gesetzes vom 13. Heumonat 1833 ohne Entschädigung aufgehoben worden seien, haben die alten Wirthschaftsberechtigungen ihren Hauptinhalt verloren und es sei ihnen nur noch eine polizeiliche und steuerrechtliche Begünstigung verblieben, die ihrer Natur nach niemals zu einem Privatrechte umgestempelt werden könne. Art. 13 des Gesetzes über das Wirthschaftswesen und den Handel mit geistigen Getränken vom 2. Mai 1836 erkläre überdem ausdrücklich, daß da, wo die Konzession nicht auf einem auf bestimmte Zeit beschränkten Titel beruhe, die betreffenden Wirthschaften gegen Erlegung der bisherigen Gebühr nur so lange ausgeübt werden, bis das Gesetz über sie etwas Anderes verfüge, behalte also der Gesetzgebung speziell das Recht vor, die Besteuerung der Wirthschaftskonzessionen jederzeit anders zu ordnen.

Durch die Beseitigung der rechtlichen Sonderstellung der In-

haber von Wirthschaftskonzessionen habe daher der bernische Gesetzgeber die Verfassung nicht verletzt; im Gegentheil habe er durch die Herstellung der Rechtsgleichheit in der Besteuerung der Wirthe einen früher bestandenen verfassungswidrigen Zustand beseitigt. Die Einwendungen, welche die Rekurrenten hiegegen erheben, seien, wie im Einzelnen ausgeführt wird, nicht begründet; wenn sie sich insbesondere darauf berufen, daß die Wirthschaftskonzessionen Gegenstand des privatrechtlichen Verkehrs gewesen seien, so sei dies allerdings richtig; es vermöge aber dieser Umstand offensichtlich nicht für die Konzessionäre ein Recht gegenüber dem Staate zu begründen. Uebrigens werde dieser Thatsache durch die angebotene, schiedsrichterlich zu eruirende Vergütung von dem angefochtenen Gesetze in durchaus billiger Weise Rechnung getragen. Demnach werde Abweisung des gestellten Rekursbegehrens und, soweit es gesetzlich thunlich ist, Verurtheilung der Rekurrenten zu den Kosten beantragt.

D. Aus der Replik der Rekurrenten, in welchen dieselben ihre ursprünglichen Anträge aufrecht erhalten und die Ausführungen der Regierung von Bern in eingehender Weise bekämpfen, ist hervorzuheben: Es handle sich allerdings hier um einen staatsrechtlichen Rekurs. Allein die bernische Regierung habe nichtsdestoweniger die entscheidende Frage in ihrer Vertheidigung unrichtig gestellt. Diese sei nämlich dahin zu formuliren: Unter welchen Voraussetzungen hat der Gesetzgeber die Befugniß, Rechte, welche zum Privatvermögen der Bürger gehören, aufzuheben? Sind diese Voraussetzungen bezüglich der in Frage stehenden alten Wirthschaftsrechte vorhanden und müssen nicht diese Fragen dahin beantwortet werden, daß die Bestimmungen des neuen Wirthschaftsgesetzes, welche die Aufhebung der alten Wirthschaftsrechte involviren, mit der bernischen Verfassung im Widerspruche stehen? Hiebei werde das Bundesgericht allerdings zu erörtern haben, ob die alten Wirthschaftsrechte nicht überhaupt, oder doch einzelne Kategorien derselben als Privatrechte zu behandeln seien. In eine Erörterung des privatrechtlichen Werthes einer jeden einzelnen Konzession werde dagegen freilich dermalen noch nicht einzutreten sein. Die Ausführungen der Regierung von Bern über die rechtliche Bedeutung der verfas-

sungsmäßigen Eigenthumsgarantie seien unbegründet und beruhen auf willkürlichen Unterscheidungen und Interpretationen, während die Verfassung schlechthin alles Eigenthum für unverletzlich erkläre und dem Bürger, dem ein Recht entzogen werden wolle, nicht nur garantire, daß er den Staat auf dem Rechtswege auf Entschädigung belangen könne, sondern ihn auch davor sicher stelle, daß ihm sein Recht überhaupt nicht entzogen werde, beziehungsweise nur dann entzogen werden könne, wenn das öffentliche Wohl es verlange und ihm vollständige und vorherige Entschädigung werde. Daraus folge, daß der Staat nicht durch einen Machtspruch Rechte aufheben dürfe, welche ein Bürger als sein Eigenthum beanspruche; vielmehr müsse er dieses behauptete Recht so lange respektiren, bis durch gerichtlichen Entscheid konstatirt sei, daß dem Betreffenden ein solches Recht nicht zustehe. Zum Entscheide nun über die Frage, ob den Rekurrenten das von ihnen behauptete Recht zustehe, beziehungsweise ob die ihnen zustehenden Wirthschaftsgerechtigkeiten Privatrechte seien, sei das Bundesgericht nach Art. 5 und 113 der Bundesverfassung kompetent. Würde diese Kompetenz bestritten werden, so müßte sich daran die Folge knüpfen, daß das angefochtene Gesetz wegen der in ihm enthaltenen Mißachtung der alten Wirthschaftsrechte als dermalen unstatthaft aufgehoben und die Entscheidung der in erster Linie streitigen Frage über die Natur des von den Rekurrenten in Anspruch genommenen Rechtes dem kompetenten Civilgerichte zugewiesen würde. Die Rekurrenten haben übrigens den Nachweis dafür, daß die alten Wirthschaftsgerechtigkeiten Privatrechte seien, vollkommen erbracht und ebenso auch bewiesen, daß ein Fall, in welchem der Staat zur Expropriation berechtigt wäre, nicht vorliege und überdem die Voraussetzungen der Enteignung vom Staate nicht erfüllt seien. In dem Vorgehen des Staates liege ferner eine Verletzung der §§ 50 und 74 der bernischen Verfassung, von welchen der erstere vorschreibe, daß die Rechtspflege einzig durch die verfassungsmäßigen Gerichte ausgeübt werde und der zweite die Bestimmung enthalte, daß Niemand seinem ordentlichen Richter entzogen werden dürfe. Wie sich nämlich aus § 14 des angefochtenen Gesetzes ergebe, bestreite der Staat den Rekur-

renten gegenüber jede rechtliche Entschädigungspflicht; dadurch habe die souveräne Staatsgewalt eigenmächtig über die Natur der in Frage stehenden Rechte abgesprochen, welche souveräne Entscheidung den Rekurrenten, wenn sie den scheinbar offen gehaltenen Weg des Entschädigungsprozeßes betreten wollten, ohne Zweifel vor den Civilgerichten entgegengehalten würde. Es werde ihnen demnach die Möglichkeit, vor den Gerichten Recht zu finden, in Wahrheit genommen, und sie werden in ganz gleicher Weise, wie dies in dem vom Bundesgerichte entschiedenen Falle Reynolds und Genossen (vergl. amtl. Sammlung der Entscheidungen Bd. IV, pag. 247) geschehen sei, dem verfassungsmäßigen Richter entzogen.

E. Die Regierung von Bern macht in ihrer Duplik gegenüber den neuen rechtlichen Ausführungen der Replik wesentlich geltend: der § 83 der bernischen Verfassung garantire allerdings die Unverletzlichkeit des Eigenthums, aber er sage nicht, was Gegenstand des privatrechtlichen Eigenthums sein könne, namentlich nicht, daß die Wirthschaftskonzessionen es seien. Gerade dies aber sei bestritten und es sei daher vollkommen richtig und zulässig, daß das angefochtene Gesetz die Inhaber von Wirthschaftskonzessionen, welche sich in ihren, vom Staate eben nicht anerkannten Rechten verletzt glauben, auf den Rechtsweg verweise. Wenn wirklich, wie die Rekurrenten dies annehmen, jeder Bürger die staatliche Gesetzgebung durch das bloße Vorgeben, er werde durch dieselbe in seinen wohlerworbenen Rechten gekränkt, auf so lange sistiren könnte, bis der Staat ihn entweder expropriirt oder durch gerichtliches Urtheil widerlegt haben würde, so würde dies augenscheinlich zu den allerbedenklichsten Konsequenzen führen. Die Behauptung der Rekurrenten sodann, daß ihnen die Möglichkeit benommen werde, vor den Gerichten Schutz zu finden, sei offensichtlich unbegründet, da ja § 14 des angefochtenen Gesetzes das klare Gegentheil hievon besage, indem er denjenigen Konzessionsinhabern, welche sich dem angebotenen Billigkeitsverfahren nicht unterziehen wollen, den Rechtsweg in Bezug auf Prinzip und Maß der Entschädigung ausdrücklich vorbehalte. Von einer Verletzung der §§ 50 und 74 der bernischen Verfassung könne also nicht die Rede sein und

eine Analogie mit dem Falle Reynolds und Genossen liege nicht vor.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Wie die Regierung von Bern richtig hervorgehoben hat, handelt es sich gegenwärtig einzig und allein um die staatsrechtliche Frage, ob die Aufhebung der rechtlichen Sonderstellung der Wirthschaften, welche auf Konzessionen, Titeln oder altem Herkommen beruhen, beziehungsweise die Aufhebung der betreffenden Wirthschaftsrechte, überhaupt oder doch in der im Gesetze vom 4. Mai 1879 vorgesehenen Art und Weise, verfassungswidrig und daher unzuläßig sei oder nicht. Die Frage dagegen, ob den Rekurrenten beziehungsweise einzelnen derselben infolge dieser Aufhebung ein Anspruch auf volle Entschädigung von Rechtswegen zustehe, ist im gegenwärtigen Verfahren nicht zu erörtern. Dieselbe kann auch nicht auf dem Wege des staatsrechtlichen Rekurses, sondern nur im Wege des Civilprozesses zum gerichtlichen Austrage gelangen.

2. Die Rekurrenten gehen nun, wie insbesondere aus den Ausführungen ihrer Replik hervorgeht (vergl. oben Fakt. C), im Prinzip davon aus, daß der kantonale Gesetzgeber nach Art. 83 der bernischen Staatsverfassung überhaupt zu keinem andern Eingriffe in Privatrechte als zur Zwangsenteignung im eigentlichen Sinne befugt sei, und daß, gemäß dem cit. Art. 83, sofern ein Bürger einem projektirten Gesetze gegenüber behaupte, er sei durch dasselbe in seinen Privatrechten gekränkt, der Staat vorerst entweder die Enteignung im Wege des Expropriationsverfahrens durchführen oder aber auf gerichtlichem Wege die Nichtexistenz des behaupteten Rechtes darthun müsse.

3. Diese Aufstellungen sind indeß unbegründet und unhaltbar.

Dem in Art. 83 der bernischen Staatsverfassung, welchen die Rekurrenten in erster Linie als verletzt bezeichnen, ausgesprochenen Prinzipe der Unverletzlichkeit allen Eigenthums kann keinenfalls die von den Rekurrenten ihm beigelegte Bedeutung zukommen. Auch wenn man dasselbe, was bekanntlich in der Wissenschaft bestritten und hier zu entscheiden nicht erforderlich ist (vergl. Rüttimann, Nordamerikanisches Bundesstaatsrecht II, 1, S. 215), nicht nur auf die Enteignung im eigentlichen Sinne

bezieht, sondern als Schranke der Gesetzgebung betrachtet, so kann doch dadurch keineswegs die Befugniß des Gesetzgebers, das objektive Recht zu ändern, beschränkt und für den einzelnen Bürger das Recht begründet werden, wegen behaupteter Verletzung seiner Privatrechte einer Aenderung der objektiven Rechtsordnung sich zu widersetzen oder zu verlangen, daß vorerst das Enteignungsverfahren gegen ihn durchgeführt werde. Denn

a. auf den Fortbestand der geltenden objektiven Rechtsordnung kann es ein Privatrecht nicht geben. Vielmehr folgt mit Nothwendigkeit aus dem staatlichen Hoheitsrechte der Gesetzgebung, daß der Gesetzgeber befugt ist, die objektive Rechtsordnung zu ändern, ohne daß die Ausübung dieses Hoheitsrechtes durch entgegenstehende Privatrechte beschränkt oder ausgeschlossen werden könnte.

b. Die Ausübung der Gesetzgebungshoheit kann auch nicht von vorgängiger Durchführung des Enteignungsverfahrens gegen Private, deren erworbene Rechte angeblich durch ein projektirtes Gesetz verletzt sind, abhängig gemacht werden. Denn das Enteignungsverfahren bezieht sich nur auf den zwangsweisen Entzug einzelner Privatrechte durch einen Akt der Staatsverwaltung, keineswegs dagegen auf Eingriffe in Privatrechte in Folge einer Aenderung der Gesetzgebung. Wo es sich nicht um eine zwangsweise Abtretung individueller Privatrechte zu öffentlichen Zwecken, sondern um Aufhebung ganzer Klassen von Rechten in Folge einer Aenderung der Gesetzgebung handelt, kann das Enteignunsverfahren seinem Zwecke und seiner Anlage nach keine Anwendung finden und es wäre demgemäß auch seine Durchführung praktisch unmöglich.

Aus der verfassungsmäßigen Gewährleistung des Eigenthums könnte vielmehr, selbst wenn man dieselbe als Schranke der Gesetzgebung auffaßt, jedenfalls nur abgeleitet werden, daß der Gesetzgeber nicht berechtigt sei, durch Aufhebung von Privatrechten das Vermögen des einzelnen Bürgers zu beschädigen, d. h. Privatrechte ohne Gewährung voller Entschädigung aufzuheben, beziehungsweise, wenn das Prinzip oder das Maß der Entschädigung bestritten ist, der Entscheidung der zuständigen Gerichte hierüber vorzugreifen und den angeblich in ihren Pri-

vatrechten Gekränkten den Rechtsweg in der einen oder andern Beziehung zu verschließen. Dies ist aber hier jedenfalls nicht der Fall, indem gemäß § 14 des angefochtenen Gesetzes denjenigen Inhabern von Wirthschaftsgerechtigkeiten, welche sich dem gesetzlichen Billigkeitsverfahren nicht unterwerfen wollen, der Rechtsweg ohne irgendwelche Beschränkung ausdrücklich vorbehalten ist. Daß nämlich, wie die Rekurrenten behaupten, in dem angeführten § 14 dem Entscheide der zuständigen Gerichte über die Entschädigungsfrage vorgegriffen werde, ist, wie der Wortlaut der citirten Gesetzesbestimmung ergibt, offensichtlich unbegründet. Aus dieser Gesetzesvorschrift erhellt nur, daß der Staat vor den Gerichten die Entschädigungspflicht zu bestreiten gedenkt, an welche Bestreitung seitens einer Partei die Gerichte aber selbstverständlich nach der Absicht des Gesetzgebers in keiner Weise gebunden sein sollen.

4. Damit erledigt sich von selbst auch die Berufung der Rekurrenten auf Art. 50 und 74 der bernischen Staatsverfassung, denn von einer der richterlichen Entscheidung vorgreifenden Schlußnahme der gesetzgebenden Behörde kann, wie gezeigt, nicht die Rede sein.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird als unbegründet abgewiesen.

B. CIVILRECHTSPFLEGE

ADMINISTRATION DE LA JUSTICE CIVILE

I. Abtretung von Privatrechten.

Expropriation.

21. Urtheil vom 5. März 1880 in Sachen Gotthardbahn gegen Arnold.

A. Der Antrag der bundesgerichtlichen Instruktionskommission ging dahin:

1. Die Eisenbahngesellschaft ist schuldig, an die Gebrüder Arnold zu bezahlen:

a. Für 5011 □ m Boden zu 95 Cts. 4760 Fr. 45 Cts.;

b. für den Abschnitt links zwischen dem alten und neuen Weg ebenfalls 95 Cts. per □ m;

c. für die auf dem Expropriationsgebiet stehenden Bäume (das Holz gehört den Expropriaten) 300 Fr.;

d. für Minderwerth und Inkonvenienzen 500 Fr. nebst Zins zu 5 % von der Inangriffnahme der Abtretungsobjekte an.

2. Im Uebrigen hat es bei dem Befunde der Schatzungskommission sein Verbleiben.

3. Die 76 Fr. betragenden Instruktionskosten werden aus dem Baarvorschusse der Gotthardbahngesellschaft berichtigt; es steht letzterer jedoch das Recht zu, einen Viertheil derselben mit 19 Fr. an der den Expropriaten zukommenden Entschädigung in Abzug zu bringen. Die außergerichtlichen Kosten sind wettgeschlagen.

B. Dieser Urtheilsantrag wurde seitens der Expropriaten angenommen, nicht dagegen seitens der Gotthardbahngesellschaft.

C. Bei der heutigen Verhandlung stellt der Vertreter der Gott-

hardbahngesellschaft den Antrag: es sei der Rekurs der Gebrüder Arnold gegen den Befund der Schatzungskommission als unstatthaft zu erklären unter Folge der Kosten. Zur Begründung wird, unter Verweisung auf die gewechselten Parteischriften, angeführt: Die Gebrüder Arnold haben binnen der gesetzlichen dreißigtägigen Anmeldungsfrist dem Gemeinderathe eine schriftliche Eingabe, in welcher sie die abzutretenden Rechte angemeldet hätten, nicht eingereicht. Vielmehr sei lediglich in dem Verbale der Gemeinderathskanzlei von Sisikon über die eingelangten Einsprachen bemerkt: „Gebrüder Arnold in der Bachmatt beanspruchen in der Mitte ihrer Matte einen größern Durchlaß, als er auf dem Plane angegeben ist, sie verlangen 2 Meter Breite und 3 Meter Höhe." Darin liege eine dem Art. 12 Ziffer 2 des Gesetzes betreffend die Verbindlichkeit zur Abtretung von Privatrechten entsprechende Eingabe nicht, weder mit Beziehung auf die Form, noch mit Beziehung auf den Inhalt. Es mangle die schriftliche Form und ihrem Inhalte nach enthalte die Eingabe lediglich eine Ansprache baulicher Natur, nicht dagegen eine Anmeldung der abzutretenden Rechte. Die betreffende bauliche Reklamation sei übrigens durch Erklärung der Centralbauleitung der Gotthardbahn geordnet worden. Für den Fall, daß das Gericht die Verwirkungseinrede der Gotthardbahn verwerfen sollte, erklärt der Vertreter derselben, sich mit Rücksicht auf die konstante Praxis des Gerichtshofes den Dispositiven des Urtheilsantrages der Instruktionskommission unterziehen zu wollen. Der Vertreter der Expropriaten seinerseits stellt den Antrag: es sei die Einrede der Gotthardbahngesellschaft abzuweisen unter Folge der Kosten. Er bestreitet vor Allem, daß die bauliche Reklamation der Gebrüder Arnold in zufriedenstellender Weise geordnet worden sei; er weist sodann darauf hin, daß die Eingabe der Gebrüder Arnold, wenn auch nicht von diesen selbst, so doch von der Gemeinderathskanzlei von Sisikon in Schrift verfaßt worden sei und daß sich in derselben die Gebrüder Arnold deutlich genug als Eigenthümer und Besitzer des theilweise zu expropriirenden Grundstückes zu erkennen gegeben haben; dies sei aber nach der bisherigen Judikatur des Bundesgerichtes zur Wahrung der Rekursrechte vollkommen genügend.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Anmeldung der Gebrüder Arnold beim Gemeinderathe von Sisikon ist allerdings nur mündlich geschehen; allein sie ist vom Gemeinderathsschreiber zu Protokoll genommen worden und damit ist dem Requisite der Schriftlichkeit gegenüber der Eisenbahngesellschaft genügt; denn das Gesetz verlangt lediglich, daß die Anmeldung der Gesellschaft schriftlich zukomme, während darauf, wer dieselbe in Schrift verfaßt hat, nichts ankommt und insbesondere nichts entgegensteht, daß der mit Entgegennahme der Eingabe beauftragte Gemeindebeamte die schriftliche Abfassung an Stelle und im Auftrage der Ansprecher vollziehe. Dieser Beamte ist dazu allerdings seinerseits nicht verpflichtet, vielmehr stünde es ihm frei, bloß mündliche Anmeldungen zurückzuweisen; allein wenn er die Abfassung der Eingabe in Schrift übernimmt, so kann die Gesellschaft daraus keine Einrede ableiten.

2. In der Anmeldung der Gebrüder Arnold ist ferner allerdings zunächst nur die Anforderung erhoben, daß in der Mitte ihrer Matte ein größerer Durchlaß als der im Plane angegebene erstellt werde. Allein diese Ansprache bezieht sich zweifellos auf das theilweise in Abtretung fallende Grundstück und es haben sich dadurch die Ansprecher unzweifelhaft als Besitzer und Eigenthümer dieses Grundstückes bei zuständiger Stelle zu erkennen gegeben. Dadurch ist aber, wie das Bundesgericht bereits mehrfach entschieden hat (vergl. Entscheid vom 3. September 1875 in Sachen Frehner gegen Lokalbahnen und Entscheid vom 11. März 1876 in Sachen Fislisbach und Cons. gegen Nationalbahn, amtl. Samml. II, S. 125 u. ff.), der Vorschrift des Art. 12 Ziffer 2 des Gesetzes betreffend Verbindlichkeit zur Abtretung von Privatrechten vom 1. Mai 1850 in Bezug auf die Anmeldung der in Abtretung fallenden Rechte genügt. Der Zweck der leg. cit. vorgeschriebenen Anmeldung dieser Rechte besteht in der Ausmittelung der entschädigungsberechtigten Personen und ist demnach erfüllt, wenn der Ansprecher in seiner Eingabe sich unzweideutig als Inhaber eines bestimmten in Abtretung fallenden Rechtes zu erkennen gibt. Eine ausdrückliche Erklärung, daß er für die Abtretung die ihm nach Gesetz gebührende volle Entschädigung beanspruche, bedarf es nicht, sondern dieselbe ist als selbstverständlich zu subintelligiren.

3. Die von der Gotthardbahngesellschaft erhobene Einrede der Unstatthaftigkeit des Rekurses ist somit unbegründet. Einer Prüfung, ob materiell die Dispositive des Urtheilsantrages der Instruktionskommission begründet sind, bedarf es, angesichts der Fakt. C erwähnten heutigen Erklärung des Vertreters der Gotthardbahn nicht.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Rekursberechtigung der Gebrüder Arnold gegen den Entscheid der Schatzungskommission wird anerkannt, beziehungsweise es wird die gegen dieselbe seitens der Gotthardbahngesellschaft erhobene Einrede als unbegründet abgewiesen und demnach die den Expropriaten zu leistende Entschädigung nach Maßgabe der Dispositive 1 und 2 des Urtheilsantrages der Instruktionskommission festgesetzt.

---

22. Urtheil vom 5. März 1880 in Sachen M. v. Knoblauch gegen Gotthardbahn.

A. Der Antrag der Instruktionskommission ging dahin:

1. Der Rekurs des Expropriaten findet nicht statt; derjenige der Eisenbahngesellschaft ist unbegründet und es hat demnach in allen Theilen bei dem Entscheide der Schatzungskommission sein Verbleiben.

2. Die 72 Fr. betragenden Instruktionskosten sind aus dem Baarvorschusse der Gotthardbahngesellschaft zu berichtigen; es steht jedoch letzterer das Recht zu, die Hälfte mit 36 Fr. an der dem Expropriaten zukommenden Entschädigung in Abzug zu bringen. Die außergerichtlichen Kosten sind wettgeschlagen.

B. Dieser Urtheilsantrag wurde gemäß Erklärung vom 4. November 1879 von der Gotthardbahngesellschaft angenommen, dagegen nicht von dem Expropriaten. Der letztere brachte vielmehr durch nachträgliche Eingabe vom 8. November 1879 an: die Instruktionskommission sei bei ihrem Urtheilsantrage davon ausgegangen, daß die Bekanntmachung, der Situationsplan der Gotthardbahn sei zur Einsicht aufgelegt und die Betheiligten werden zur Einreichung ihrer Ansprachen aufgefordert, durch den Gemeinderath

Schattdorf ordnungsgemäß erfolgt sei. Dies sei aber nicht richtig vielmehr ergebe sich, wie aus zwei beglaubigten Abschriften aus dem urnerischen Amtsblatte vom 6. und 13. März hervorgehe, daß der Gemeinderath von Schattdorf nichts Anderes publizirt habe, als daß der Situationsplan der Gotthardbahn beim Gemeindepräsidenten zur Einsicht aufliege. In der Publikation vom 6. März sei zur Eingabe von Ansprachen eine sechstägige Frist gesetzt worden. Von einem Aufmerksammachen auf Vorschriften des Bundesgesetzes, von Androhung eines Rechtsverlustes oder einer Rekursverwirkung bei Nichteingabe finde sich nirgends eine Silbe. Uebrigens sei seiner Meinung nach sein Rekursrecht dadurch, daß er unterlassen habe, binnen der gesetzlichen dreißigtägigen Frist eine schriftliche Eingabe einzureichen, schon deßhalb nicht verwirkt, weil er nichts Anderes als volle Entschädigung für das abzutretende Land fordere. Das Präjudiz der Verwirkung des Rekursrechtes beziehe sich nur auf Forderungen, die in Gemäßheit der Art. 6 und 7 des eidgenössischen Expropriationsgesetzes gestellt werden, welche beiden Artikel auch in den betreffenden Publikationen stets allein in Bezug genommen werden. Auf die Ansprache voller Entschädigung für das abzutretende Land, welche in Art. 3 leg cit. begründet sei, beziehe sich dieses Präjudiz nicht, wenigstens dann nicht, wenn, wie im vorliegenden Falle, durch die von der bundesgerichtlichen Instruktionskommission beigezogenen Experten bereits konstatirt sei, daß der Entscheid der Schatzungskommission dem Expropriaten keine volle Entschädigung gewähre. Auch die von den bundesgerichtlichen Experten angenommenen Ansätze würden dem Expropriaten noch keine volle Entschädigung gewähren. Endlich sei darauf hinzuweisen, daß laut Auszug aus dem urnerischen Amtsblatte vom 4. September 1879 eine zweite Bekanntmachung, veranlaßt durch eine theilweise Planabänderung vom Gemeindepräsidium Schattdorf, erfolgt sei und daß innerhalb des in dieser Bekanntmachung anberaumten dreißigtägigen Termines seitens des Rekurrenten rechtzeitig eine gehörige schriftliche Eingabe beim Gemeinderathe Schattdorf zu Handen der Gotthardbahndirektion gemacht worden sei.

C. Bei der heutigen Verhandlung erklärt der Anwalt des Rekurrenten, sich in erster Linie auf die Erörterung der Vorfrage,

ob das Rekursrecht verwirkt sei beschränken zu wollen. Er stellt, im Wesentlichen auf eine weitere Ausführung der in der nachträglichen Eingabe vom 8. November 1879 geltend gemachten Momente gestützt, in dieser Beziehung den Antrag: „es sei die Verwirkung des Rekursrechtes nicht auszusprechen." Der Vertreter der Gotthardbahngesellschaft dagegen schließt auf Abweisung des gegnerischen Antrages u. K. F. Zur Begründung wird im Wesentlichen angeführt: Die Behauptung des Rekurrenten, daß die in Art. 11 des Gesetzes betreffend die Verbindlichkeit zur Abtretung von Privatrechten vorgeschriebene Bekanntmachung in der Gemeinde Schattdorf nicht in der gesetzlichen Form erfolgt sei, entbehre jeder Begründung. Denn, wenn auch die Bekanntmachungen im Amtsblatte den gesetzlichen Vorschriften nicht entsprechen, so sei doch, wie sich aus dem in Abschrift den Akten beigefügten Zeugnisse des Gemeinderathes von Schattdorf d. d. 16. Februar 1879 ergebe, die Publikation in der in dortiger Gemeinde üblichen Weise und in einem dem Gesetze entsprechenden Inhalte erfolgt. In Bezug auf das neue Anbringen des Rekurrenten betreffend eine durch theilweise Planabänderung veranlaßte zweite Bekanntmachung, welcher der Rekurrent Folge geleistet habe, so werde nicht bestritten, daß der Rekurrent auf diese zweite Bekanntmachung hin eine Eingabe gemacht haben möge; allein diese zweite Bekanntmachung habe sich gar nicht auf das dem Rekurrenten gehörige Grundstück (Parzelle Nr. 4), sondern lediglich auf Parzelle Nr. 16 und 25 bezogen. Zum Beweise hiefür wird eine beglaubigte Abschrift der betreffenden Bekanntmachung in's Recht gelegt, wogegen seitens des Rekurrenten keine Einsprache erhoben wird.

In Replik und Duplik halten die Vertreter beider Parteien an ihren resp. Ausführungen fest und erneuern ihre Anträge, ohne indeß nova anzubringen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Wie vom Rekurrenten ausdrücklich zugestanden ist, hat derselbe während der dreißigtägigen Anmeldungsfrist beim Gemeinderathe von Schattdorf die von ihm abzutretenden Rechte nicht angemeldet, überhaupt demselben gar keine Eingabe eingereicht. Es kann nun nach Art. 12 und 14 des Gesetzes betreffend die Ver-

bindlichkeit zur Abtretung von Privatrechten vom 1. Mai 1850, wie die Bundesbehörden von jeher anerkannt und in konstanter Praxis festgehalten haben (vergl. Ullmer, Staatsrechtl. Praxis der Bundesbehörden I, Nr. 432, II, Nr. 981; Bundesgerichtl. Entscheidungen, amtl. Sammlung II, S. 126) und wie daher einer weitern Ausführung nicht bedarf, keinem begründeten Zweifel unterliegen, daß der Rekurrent zu Anmeldung seiner Ansprachen in Bezug auf das abzutretende Land binnen der gesetzlichen Frist bei Vermeidung des in Art. 14 leg. cit. angedrohten Präjudizes verpflichtet war, sofern die in Art. 10 u. ff. des citirten Gesetzes vorgeschriebenen Formen beobachtet waren, insbesondere, was einzig bestritten ist, die in Art. 11 und 15 leg. cit. angeordnete Bekanntmachung in gesetzlicher Weise erfolgt ist.

2. Aus den Akten ergiebt sich nun vorerst, daß die Behauptung des Rekurrenten, es sei in der von der Gotthardbahngesellschaft dem Gemeinderathe von Schattdorf wie den Gemeinderäthen der übrigen betheiligten Gemeinden in einem lithographirten Formular zur Veröffentlichung mitgetheilten Bekanntmachung nur auf die Art. 6 und 7 des citirten Gesetzes Bezug genommen, jeglichen Haltes entbehrt. In der erwähnten Bekanntmachung sind vielmehr die in Betracht kommenden Artikel des eidgenössischen Expropriationsgesetzes (Art. 12 und 14) textuell reproduzirt, so daß nach Einsichtnahme derselben kein Expropriat über die von ihm zu treffenden Vorkehren und die Folgen, welche sich an sachbezügliche Unterlassungen knüpften, im Zweifel sein konnte.

3. Der Rekurrent behauptet nun freilich im Fernern, der Gemeinderath von Schattdorf habe in Wirklichkeit die erwähnte Bekanntmachung nicht oder doch nicht in rechtsgenügender Weise veröffentlicht, wie sich aus den bezüglichen Publikationen im urnerischen Amtsblatte ergebe, welche mit derselben durchaus nicht übereinstimmen und den gesetzlichen Vorschriften keineswegs entsprechen. Allein diese Behauptung ist unrichtig, denn der Art. 11 des eidgenössischen Expropriationsgesetzes schreibt in Bezug auf die Art und Weise der Bekanntmachung nichts Anderes vor, als daß sie in der üblichen, d. h. in betreffender Gemeinde üblichen

Weise erfolgen müsse; eine Publikation in den kantonalen Amtsblättern ist also nicht schlechthin, sondern nur insofern vorgeschrieben, als sie in der betreffenden Gemeinde, sei es in Folge gesetzlicher Anordnung, sei es in Folge lokalen Herkommens üblich ist; schlechthin gefordert ist nur, daß die Publikation in der ortsüblichen Weise erfolge. Durch amtliches Zeugniß des Gemeinderathes von Schattdorf vom 16. Februar 1879 wird nun bescheinigt, daß „vorstehende Bekanntmachung (d. h. die Bekanntmachung in derjenigen Fassung, wie sie von der Gotthardbahngesellschaft dem Gemeinderathe mitgetheilt war) in der hierorts üblichen Weise, nämlich durch Publikation und resp. Verlesen" in der Gemeinde bekannt gemacht worden sei. Dieses amtliche Zeugniß verdient, bis zum Nachweise seiner Unrichtigkeit, vollen Glauben; es erbringt den Beweis sowohl dafür, daß die Publikationsmittel, durch welche die Veröffentlichung stattgefunden hat, die in der Gemeinde Schattdorf üblichen sind, als auch dafür, daß die betreffende Bekanntmachung durch diese Publikationsmittel ihrem ganzen Inhalte nach veröffentlicht worden ist. Ein Gegenbeweis gegen dessen Inhalt ist nach keiner Richtung hin erbracht, namentlich hat der Rekurrent nicht einmal positiv behauptet, geschweige denn bewiesen, daß die Art und Weise der Veröffentlichung fraglicher Publikation der örtlichen Uebung nicht genüge, beziehungsweise daß die örtliche Uebung im Kanton Uri oder speziell in der Gemeinde Schattdorf Publikation gemeinderäthlicher Bekanntmachungen im kantonalen Amtsblatte allgemein verlange. Demgemäß erscheint es als unerheblich, daß die Publikationen im urnerischen Amtsblatte vom 6. und 13. März 1879 unvollständig sind. Auf die Vollständigkeit oder Unvollständigkeit dieser Publikationen kann es, da sie nach dem Gesetze nicht gefordert waren, also auch ganz hätten unterbleiben können, nicht ankommen.

4. Rekurrent kann sich übrigens auf die angebliche Mangelhaftigkeit der Art und Weise der Veröffentlichung fraglicher Bekanntmachung auch deßhalb nicht berufen, weil er von denselben thatsächlich rechtzeitig Kenntniß erhalten hat, wie sich aus den Zugeständnissen und Ausführungen seiner Rekursschrift ergibt, in welcher er, ohne die Art und Weise der Veröffent-

lichung zu beanstanden, seine Säumniß aus ganz andern Gründen zu entschuldigen sucht, während er die gewählten Publikationsmittel erst nachträglich als unzulänglich angefochten hat. Bei dieser Sachlage, sowie angesichts des Umstandes, daß ausweislich des gemeinderäthlichen Zeugnisses die fragliche Bekanntmachung nicht ausschließlich durch Verlesen in der Kirche, sondern auch durch anderweitige, freilich nicht näher bezeichnete Publikation veröffentlicht wurde, kann auch die Richtigkeit der vom Anwalte des Rekurrenten in der heutigen Verhandlung aufgestellten Behauptung, daß das Verlesen in der Kirche mit Rücksicht auf Art. 49 der Bundesverfassung nicht mehr als rechtsverbindliches Publikationsmittel erachtet werden könne, dahin gestellt bleiben.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Es wird der Rekurs als nicht zulässig erklärt und es verbleibt demnach in allen Theilen beim Entscheide der Schatzungskommission.

II. Verpfändung und Zwangsliquidation von Eisenbahnen.

Hypothèque et liquidation forcée des chemins de fer.

23. Urtheil vom 24. Januar 1880 in Sachen Bürli gegen Massaverwaltung der Nationalbahn.

A. Durch Entscheid des Massaverwalters der in Liquidation befindlichen Nationalbahn wurde die von Fürsprech Friedrich Bürli in Baden angemeldete Forderung von 567 Fr. 30 Cts. in Klasse VII locirt, entgegen dem Begehren des Ansprechers, daß dieselbe in die III. Klasse versetzt werde.

Die Begründung dieses Entscheides geht im Wesentlichen dahin:

Der Ansprecher verlange mit Eingabe vom 29. März 1878,

und zwar theils als provisorischer Stellvertreter eines nichtständigen Mitgliedes der Direktion, theils als Vizepräsident des Verwaltungsrathes, Aufnahme ins Schuldenverzeichniß mit

142 Fr.	40 Cts.		Taggelder und Reiseentschädigungen für vier Sitzungen des Verwaltungsrathes und zwei Generalversammlungen II. Quartal 1877,
40 „	— „		für zwei Sitzungen des Verwaltungsrathes im Jahre 1878,
384 „	90 „		für verschiedene Sitzungen der Direktion im III. und IV. Quartal 1877.
567 Fr.	30 Cts.		

Diese materiell begründete Forderung sei in ihrem ganzen Betrag in die VII. Klasse zu locirea.

Entscheidend sei der Gesichtspunkt, daß die Mitgliedschaft eines Eisenbahnverwaltungsrathes, welcher von den Aktionären selbst und aus ihrer Mitte bestellt werde, im Allgemeinen, und speziell im Sinne der durch die Statuten der Nationalbahngesellschaft vom 5. April 1875 aufgestellten Organisation der Gesellschaftsorgane nicht ein besoldetes Anstellungsverhältniß des Herrn Verwaltungsrathes zu seiner Gesellschaft in dem Sinne begründe, wie solches im Bundesgesetz vom 24. Juni 1874 dem Konkursprivilegium zu Grunde gelegt sei. Auch die Mitgliedschaft der Nationalbahndirektion vermöge für die beiden nichtständigen Mitglieder ein solches besoldetes Anstellungsverhältniß zur Gesellschaft mit Anspruch auf privilegirte Klassifikation in Klasse III nicht zu begründen. Es lassen sich allgemeine Rechtsgrundsätze und Gesichtspunkte für eine solche Behandlung nicht anbringen. Die Entstehung und Bedeutung der Klasse III im Bundesgesetz einerseits und der Art. 25 der Nationalbahnstatuten andererseits sprächen dagegen.

B. Ueber diesen Entscheid beschwerte sich Fürsprech Bürli beim Bundesgerichte und verlangte, daß seine Forderung statt in Klasse VII in Klasse III des Vertheilungsplanes der Nationalbahn einzureihen und hienach der rekurrirte Entscheid des Massaverwalters in diesem Sinne zu modifiziren sei.

Zur Begründung des Rekurses wird unter Anderm hervorgehoben:

Der ganze Streit, um den es sich hier handle, drehe sich um die Frage, ob ein Mitglied der Direktion oder des Verwaltungsrathes der Nationalbahn als ein Gesellschaftsbeamter zu behandeln sei, der für ausstehende „Gehalte" ein Privilegium beanspruchen könne. Diese Streitfrage sei vom Bundesgericht in der neuesten Zeit dahin entschieden worden, daß das in Artikel 38 Ziffer 3 des einschlägigen Bundesgesetzes begründete Vorzugsrecht für „Gehalte und Arbeitslöhne" nur den Honorarforderungen und Löhnen der Beamten oder Angestellten zu gute komme. Nun könne keinen Augenblick zweifelhaft sein, daß Direktions- und Verwaltungsrathsmitglieder einer Eisenbahngesellschaft vorzugsweise zu denjenigen Beamten zählen, die für ihre Verrichtungen eine Belohnung in der Form von Taggeldern und sonstigen Entschädigungen beziehen.

C. Der Massaverwalter trug in seiner Antwort auf Abweisung des Rekurses unter Kostenfolge und Bestätigung seines Entscheides an. Er verweist im Wesentlichen auf die Begründung dieses Entscheides und fügt ferner bei:

Die Einreihung der Verwaltungsraths- und nichtständigen Direktionsmitglieder neben den Beamten und Angestellten der Gesellschaft in III. Klasse zum Schaden der IV.—VII. Klasse sei grundsätzlich unstatthaft und widerstreite dem Rechtsgefühl wie der Billigkeit. Das Rechtsbewußtsein unserer Zeit verlange viel eher eine Verschärfung der Verantwortlichkeit der Aktiengesellschaftsorgane zum Besten der Aktionäre und der Gesellschaftsgläubiger für eintretende Verluste, und sicher nicht eine bevorzugte Rechtsstellung derselben zum Nachtheile dieser letztern für diejenigen Funktionen, durch welche die Insolvenz der Gesellschaft und die daherige Schädigung der Gläubiger — allerdings nicht direkt und nicht von Einzelnen persönlich verschuldet, — aber doch von den Gesellschaftsorganen zu verhindern unterlassen worden sei. Es scheine sicher nicht gerechtfertigt, wenn solche Gesellschaftsfunktionäre im Konkurse der eigenen Unternehmung selbst vor den privilegirten Gläubigern volle Bezahlung beanspruchen für solche Leistungen, zu denen sie nur kraft ihres ei-

genen Aktienbesitzes von den Mitaktionären berufen werden, für Leistungen, zu denen sie sich zunächst zur Wahrung des eigenen Aktieninteresses berufen lassen, das ja mit dem aller andern Aktionäre identisch sei.

D. In der Replik und Duplik verharren die Parteien bei ihren gegenseitigen Rechtsbegehren.

E. Beide Parteien haben zu den Akten erklärt, daß sie auf persönliches Erscheinen bei der Schlußverhandlung vor Bundesgericht verzichten.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

Wie bezüglich des am 26. Dezember 1879 beurtheilten — dem jetzigen ganz analogen — Rekurses des Thaddäus Schmid's sel. Erben vom Bundesgerichte ausgesprochen wurde, lassen sich die durch Art. 25 der Statuten der Nationalbahn den nichtständigen Direktoren dieser Eisenbahngesellschaft zugesicherten Taggelder nicht als Arbeitslohn qualifiziren, da, wie schon im bundesgerichtlichen Entscheide vom 19. Januar 1878 in Sachen Bernasconi ausgeführt worden, unter diesem Ausdruck bloß der Lohn der Arbeiter im engern Sinne zu verstehen ist.

Die in Art. 22 der erwähnten Statuten vorgesehenen Entschädigungen können auch nicht als Gehalt aufgefaßt werden, indem unter diesem Worte eine nach bestimmten Perioden berechnete und ständigen Beamten auszuzahlende Arbeitsvergütung verstanden wird.

Wie bereits in den Motiven des citirten bundesgerichtlichen Entscheides vom 26. Dezember 1879 auseinandergesetzt wurde, hat der Gesetzgeber bei dem in Frage stehenden Konkursprivilegium nur solche Gläubiger der Gesellschaft schützen wollen, welche wie die Arbeiter und die ständigen Beamten, ihres dauernden Abhängigkeitsverhältnisses wegen, eines besondern Schutzes bedürftig sind, und nicht diejenigen Personen, die, wie der Rekurrent, ihre Forderungen nur aus dem Umstande herleiten, daß sie bei vereinzelten Anläßen einen nichtständigen Beamten zu vertreten im Falle waren, oder Sitzungen eines Verwaltungsrathes beigewohnt haben, und welche vermöge ihres Verhältnisses zur Gesellschaft Gelegenheit gehabt hätten, ihre Forderungen jederzeit zu beziehen.

Es liegt somit kein gesetzlicher Grund vor, dem Ansprecher ein Vorrecht für seine Ausstände zu gewähren.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Das Begehren des Rekurrenten um Versetzung seiner Ansprache von 567 Fr. 30 Cts. in die III. Klasse ist abgewiesen und es hat demnach bei dem Entscheide des Massaverwalters sein Verbleiben.

---

24. Urtheil vom 31. Januar 1880 in Sachen Bern gegen Eisenwerke Acoz.

A. Durch Vertrag vom 18. August 1873 übernahm die Gesellschaft der Eisenwerke von Acoz von der ehemaligen Eisenbahngesellschaft Bern-Luzern die Lieferung des Bedarfes an Eisenbahnschienen und Nebenbestandtheilen unter Garantie für die Tauglichkeit des zu liefernden Materials.

B. In Folge der im Jahre 1876 über die Eisenbahngesellschaft Bern-Luzern eröffneten Zwangsliquidation wurde die Bahnlinie dieser Gesellschaft öffentlich versteigert und vom Staate Bern erworben. Die Steigerungsbedingungen, auf deren Grundlage der Erwerb der Bahn durch den Ersteigerer erfolgte, erwähnen des Garantieanspruches an die Eisenwerke von Acoz nicht. Dagegen stellte der Massaverwalter der Bern-Luzern-Bahn unterm 18. Januar 1879 eine Cessionsurkunde aus, worin derselbe erklärte, daß alle aus dem Schienenlieferungsvertrage mit der Société des forges d'Acoz, d. d. 18. August 1873, abzuleitenden Garantieansprüche gegen die genannte Gesellschaft gemäß den zwischen der Massaverwaltung und dem Staate Bern als Käufer der Bern-Luzern-Bahn bestehenden Vereinbarungen auf den Staat Bern übergegangen seien und dieser daher ausschließlich berechtigt sei, an Stelle der Bern-Luzern-Bahngesellschaft die in Frage stehenden Garantieansprüche geltend zu machen.

C. Gestützt hierauf stellte der Staat Bern mit Klageschrift vom 14. August 1879 beim Amtsgericht Bern gegen die Société

anonyme des forges d'Acoz das Rechtsbegehren, es sei zu erkennen, die Beklagte sei schuldig, zur Bestellung eines Schiedsgerichtes behufs Beurtheilung der Streitigkeiten über die ihr nach dem Vertrage vom 18. August 1873 obliegenden Garantieverpflichtungen gegenüber dem Kläger vertragsgemäß mitzuwirken. Allein die Beklagte bestritt, daß der diesfällige Anspruch der ehemaligen Bahngesellschaft Bern-Luzern auf den Staat Bern übergegangen sei, indem die Steigerungsbedingungen desselben nicht erwähnen, daß die Urkunde vom 18. Januar 1879 keine Cessionsurkunde sei und überdies dem Herrn Russenberger als Massaverwalter die Befugniß zur Vornahme der angeblichen Cession gemangelt habe. Denn das Bundesgesetz über die Verpfändung und Zwangsliquidation von Eisenbahnen räume dem Massaverwalter bezüglich vorhandener Aktiven nur das Recht zum Inkasso oder zur Versteigerung ein, nicht aber zur Vornahme von Cessionen.

D. Mit Rücksicht auf dieses Verhalten der Beklagten stellte nun die Direktion der Jura-Bern-Bahngesellschaft, als Vertreterin des Staates Bern, beim Bundesgerichte das Gesuch, dasselbe möchte eine Ratifikation oder doch eine Interpretation bezüglich der Cessionsurkunde vom 18. Januar 1879 aussprechen, was um so weniger einem Anstande unterliegen könne, als das Bundesgericht bereits eine Generalcession ratifizirt habe, wonach die sämmtlichen Aktivausstände aus der Liquidation der Bern-Luzern-Bahn an den Staat Bern übertragen worden seien.

E. Der Massaverwalter, zur Berichterstattung eingeladen, bemerkte: Daß der Garantieanspruch an die Gesellschaft der Eisenwerke in Acoz nicht in den Steigerungsbedingungen komparire, rühre lediglich daher, daß ihm zur Zeit der Versteigerung der Bern-Luzern-Bahn dieses Verhältniß nicht bekannt gewesen sei. Hätte er dasselbe damals gekannt, so wäre der Anspruch mit der Bahnlinie an den Ersteigerer der letztern übertragen worden. Er habe denselben daher, sobald er davon Kenntniß erhalten, durch besondere Cession an den Staat Bern, als Ersteigerer der Bahn, übertragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Es handelt sich für das Bundesgericht nicht um die Frage,

ob der der ehemaligen Bern-Luzern-Bahngesellschaft aus dem Vertrage vom 18. August 1873 gegen die Société des forges d'Acoz zustehende Garantieanspruch, dessen Existenz vorausgesetzt, an den Staat Bern, als Ersteigerer der Bern-Luzern-Bahn, übergegangen sei. Diese Frage ist vielmehr einzig und allein in dem vom Staate Bern gegen die genannte Gesellschaft angestrengten Prozesse auf Bestellung eines Schiedsgerichtes von den bernischen Gerichten, beziehungsweise von dem zu bestellenden Schiedsgerichte selbst zu entscheiden.

2. Diesseitige Stelle hat nur zu prüfen, ob die von dem Massaverwalter der Bern-Luzern-Bahn ausgestellte Cessionsurkunde vom 18. Januar 1879 zu ihrer Gültigkeit der Ratifikation des Bundesgerichtes bedürfe, und eventuell ob diese Ratifikation zu ertheilen sei. Nun ist aber die erste Frage zu verneinen und damit fällt die zweite von selbst dahin. Nach Art. 37 des Bundesgesetzes über die Zwangsliquidation von Eisenbahnen verfügt nämlich der Massaverwalter definitiv über die Aktiven einer in Liquidation verfallenen Gesellschaft und zwar in der Weise, daß er dieselben soweit möglich einkassirt und das, was bis zur Versteigerung nicht eingeht, an derselben verkauft. Danach bildet allerdings der Verkauf der nicht realisirten Guthaben auf dem Wege der Versteigerung die Regel. Allein so weit es sich um die Aktiven handelt, die sich zur selbständigen Versteigerung nicht eignen, sondern nach Ansicht des Massaverwalters ein Accessorium eines andern Aktivums bilden, ist eine anderweitige Verfügung des Massaverwalters durch das Gesetz nicht ausgeschlossen und jedenfalls ist deren Gültigkeit nicht von der Genehmigung des Bundesgerichtes abhängig. Nur wenn von den Gläubigern der Gesellschaft wegen Verletzung ihrer Interessen gegen die Verfügung des Massaverwalters Einsprache erhoben worden wäre, hätte das Bundesgericht in den Fall kommen können, über deren Rechtsbeständigkeit zu entscheiden. Eine solche Einsprache ist aber nicht erfolgt.

Demnach hat das Bundesgericht

beschlossen:

Der Staat Bern wird im Sinne von Erwägung 2 beschieden.

---

25. Urtheil vom 24. Januar 1880 in Sachen Frei gegen Massaverwaltung der Nationalbahn.

A. Rekurrent überließ nach Uebereinkunft vom 12. Oktober 1877 der schweizerischen Nationalbahn ein außerhalb des Bahngebietes liegendes Grundstück zum Zwecke der Ablagerung überflüssigen Materials. Die Ueberlassung erfolgte auf Grund des erwähnten Vertrages und nicht im Wege der Expropriation: Das Grundstück blieb nach wie vor im Eigenthum des J. Frei. Für den durch die Materialablagerung herbeigeführten Minderwerth des Grundstückes hatte die Nationalbahn Entschädigung zu bezahlen, und diese wurde vertraglich auf 3 Rappen per Quadratfuß festgesetzt. Die Gesammtentschädigung beläuft sich hiernach gemäß übereinstimmenden Angaben beider Parteien auf 459 Fr.

B. J. Frei verlangte mit Einsprache vom 28. September 1879 die Aufnahme dieser Forderung in Klasse I der Kollokationen, also unter die Liquidationskosten.

C. Durch Entscheid vom 9. Oktober 1879 wies der Massaverwalter dieses Begehren ab und locirte die Forderung in die VII. Klasse, weil die betreffende Summe nicht den Kaufpreis für Boden bilde, welchen der Ansprecher eigenthumsweise an die Bahn abzutreten gehabt habe, und daher derjenige Standpunkt, aus welchem Expropriaten für unbezahlt gebliebene Bodenabtretungspreise auf Liquidationsrechnung zur Bezahlung gelangen (bundesgerichtliche Entscheidungen Bd. V S. 234), hier nicht zutreffe, vielmehr derjenige, laut welchem solche Entschädigungsforderungen in die VII. Klasse zu verweisen sind. (Ibid. Bd. IV S. 273.)

D. Mit Eingabe vom 5./7. November 1879 hat J. Frei den Rekurs an das Bundesgericht ergriffen und verlangt, daß, entgegen dem Entscheide des Massaverwalters, seine obgenannte Forderung in Klasse I des Art. 38 des Bundesgesetzes betreffend die Zwangsliquidation der Eisenbahnen hinaufgerückt werde.

E. Beide Parteien haben zu den Akten erklärt, daß sie auf persönliches Erscheinen bei der Schlußverhandlung verzichten.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Nach Art. 38 Ziffer 1 des Bundesgesetzes betreffend Zwangsliquidation der Eisenbahnen gehören in die I. Klasse nur die Liquidationskosten. Zu den Liquidationskosten können selbstverständlich nur solche Forderungen gerechnet werden, die während der Liquidation entstanden sind, denn bevor die Liquidation eintritt, kann es unmöglich Liquidationskosten geben. Die Forderung des Rekurrenten existirte seiner eigenen Darstellung zufolge schon lange bevor die Liquidation der Nationalbahn verfügt wurde, folglich kann sie nicht zu den Liquidationskosten gezählt und daher auch nicht in die I. Klasse locirt werden.

2. Rekurrent beruft sich für seine Ansprache mit Unrecht auf frühere Urtheile des Bundesgerichtes, wornach Forderungen für expropriirtes Land in die I. Klasse locirt werden mußten. Diese Urtheile stehen mit der vorhergehenden Erwägung nicht im Widerspruch. Denn jene Landentschädigungen wurden nur deßhalb in diese Klasse gerechnet, weil das betreffende Land sich zur Zeit des Konkursausbruches noch im Eigenthum des Expropriaten befand, die Masse aber, um die Eisenbahn verkaufen zu können, Eigenthum an diesem Lande erwerben mußte. Die Forderungen waren also während der Liquidation entstanden; die Liquidationsmasse, nicht die Eisenbahngesellschaft, hatte die Schuld kontrahirt, und erstere war daher auch pflichtig, sie zu bezahlen. Gegenüber dem Kläger ist aber die Konkursmasse nicht in der Lage, irgend welche Rechte erwerben zu müssen; sie ist nicht sein Schuldner geworden, sondern hat nur seine schon gegenüber der Eisenbahngesellschaft bestandene Forderung nach Vorschrift des Gesetzes zu liquidiren.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Das Begehren des Rekurrenten um Versetzung seiner Ansprache von 459 Fr. in die I. Klasse ist abgewiesen und es hat demnach bei dem Entscheide des Massaverwalters sein Verbleiben.

26. Urtheil vom 21. Februar 1880 in Sachen Weber gegen Massaverwaltung der Nationalbahn.

A. Im Auftrage der Bahnbehörden besorgte Heinrich Weber nach plötzlichem Schneefall in der Nacht vom 26./27. Januar 1878 persönlich mit seinen Pferden das Schneepfaden zwischen der Station Effretikon und dem Bahnhof Winterthur auf dem Nationalbahngeleise. Für diese Arbeit stellte er eine Rechnung von 14 Fr. und verlangte im Konkurse der Nationalbahngesellschaft Lokation derselben in Klasse III des Bundesgesetzes über die Verpfändung und Zwangsliquidation der Eisenbahnen von 24. Juni 1874. Durch Entscheid des Massaverwalters vom 9. Oktober 1879 wurde indeß die Forderung in Klasse VII verwiesen, unter der Begründung, daß der Ansprecher selbständiger Gewerbsmann sei und in keinem Anstellungsverhältnisse zur Nationalbahn gestanden habe; ohne solche Anstellungsverhältnisse könne aber das Vorrecht der Klasse III, wie in dem ständeräthlichen Kommissionalbericht über den bundesräthlichen Entwurf zum Bundesgesetz vom 24. Juni 1874 (Bundesblatt 1873, S. 334-342) und in mehrfachen bundesgerichtlichen Entscheidungen (Bd. IV, S. 164 ff. 273 ff.) anerkannt sei, nicht beansprucht werden.

B. Gegen diesen Entscheid hat Heinrich Weber mittelst Eingabe vom 5. November 1879 den Rekurs an das Bundesgericht ergriffen; er führt aus: seine Forderung beruhe auf einer locatio conductio operarum, deren Aequivalent nur eine Entschädigung sein könne, welche im vulgären Sprachgebrauche Lohn, Arbeitslohn, genannt werde; sie sei mithin in Klasse III zu loziren. Daß der Ansprecher nicht regelmäßig solche oder ähnliche Verrichtungen für die Bahngesellschaft besorgt habe, sondern selbständiger Berufsmann sei, ändere daran nichts, denn das Gesetz mache, wenn auch das Konkursprivileg in erster Linie im Interesse der ständigen Angestellten und Arbeiter eingeführt worden sein möge, doch keinen Unterschied zwischen den Arbeitslöhnen ständig angestellter und nicht ständig angestellter

Arbeiter. Der Rekurrent bittet demgemäß, seine Forderung in die III. Klasse zu verweisen. Dagegen beantragt der Massaverwalter in seiner Rekursbeantwortung: das Bundesgericht wolle 1. den Rekurs abweisen; 2. dem Rekurrenten die Gerichtskosten und eine angemessene Prozeßkostenentschädigung an die Masse auferlegen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Wie das Bundesgericht bereits in seinem Urtheile in Sachen Bernasconi vom 19. Januar 1878 ausgesprochen und ausführlich begründet hat (Entscheidungen IV, S. 158 ff.), ist der Ausdruck „Arbeitslöhne" in Ziffer 3 des § 38 des Gesetzes vom 24. Juni 1874 im engern Sinne zu verstehen; er umfaßt nicht jeden Entgelt für geleistete Arbeit, sondern nur den Lohn der Arbeiter im engern Sinne, d. h. nur die Ansprüche derjenigen Personen, welche zu der Gesellschaft in einem Lohndienstverhältnisse gestanden haben. Dies ergibt sich, wie in der erwähnten Entscheidung in Sachen Bernasconi, auf deren Begründung hier lediglich zu verweisen ist, näher ausgeführt wird, sowohl aus der Entstehungsgeschichte und dem systematischen Zusammenhang des Gesetzes, als aus der Analogie anderer Gesetzgebungen und der ratio legis.

Insbesondere trifft nur für Ansprüche der gedachten Art der gesetzgeberische Grund zu, welcher zur Privilegirung der Arbeitslöhne geführt hat, nämlich das Abhängigkeitsverhältniß, in welchem der Arbeiter zur Eisenbahngesellschaft als seinem Dienstherrn steht und die regelmäßig vorhandene Bedürftigkeit der betreffenden Personen.

2. Der Rekurrent ist nun unbestrittenerweise selbständiger Gewerbetreibender (Müller), er hat nur ausnahmsweise eine bestimmte einzelne Arbeit (das Schneepfaden) gegen einen, nicht etwa nach Taglöhnen u. dergl., sondern für die ganze Arbeit einheitlich berechneten Entgelt übernommen. Es ist also klar, daß seine Forderung nicht aus einem zwischen ihm, als Arbeiter, und der Eisenbahngesellschaft, als Dienstherrn, bestandenen dauernden oder vorübergehenden Lohndienstverhältnisse, sondern vielmehr aus einem Vertrage über Ausführung einer einzelnen bestimmten Arbeit, welchen er als selbständiger Gewer-

betreibender mit der Eisenbahngesellschaft abgeschlossen hat, herrührt.

Nach den in Erwägung 1 aufgestellten Grundsätzen kann also für diese Forderung das den Arbeitslöhnen im engern Sinne gewährte Konkursprivileg nicht beansprucht werden.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird als unbegründet abgewiesen und es hat demnach bei dem Entscheide des Massaverwalters sein Bewenden.

---

27. Urtheil vom 21. Februar 1880 in Sachen Martin, Cretin, Borner u. Comp. gegen Masse der Nationalbahn.

A. Am 31. Mai 1877 schloß die Firma Martin, Cretin, Borner u. Comp. mit der Direktion der schweizerischen Nationalbahn einen Vertrag über die Lieferung und Aufstellung verschiedener, für die Linie Winterthur-Zofingen bestimmter Kategorien von Gegenständen nach näherer Spezifikation (u. A. 95 Stück Gradientenzeiger, 71 Stück Kontrolstöcke u. s. w.) zum Pauschalpreise von 44 950 Fr. ab. In diesem Vertrage ist (§ 2 desselben) der Bauleitung das Recht vorbehalten, Aenderungen in Bezug auf Zahl und Aufstellung der betreffenden Gegenstände vorzunehmen und es ist stipulirt, daß die hieraus sich ergebenden Mehr- oder Minderarbeiten gegenüber den Pauschalpreisen mit bestimmten Einheitspreisen, welche in dem citirten Vertragartikel angegeben sind, in Rechnung gezogen werden. Im Fernern enthält der Vertrag u. A. noch folgende Bestimmungen: § 4. „Die Uebernehmer enthalten entsprechende Abschlagszahlungen in der Weise, daß ihnen, sobald sie jeweilen eine Partie „von Vertragsgegenständen zusammen im Werthe von zirka 3000 „Franken, jeden einzelnen für sich fix und fertig, erstellt haben, „der entfallende Betrag angewiesen wird. Für Materialvorräthe, „welche auf Grund und Boden der schweizerischen Nationalbahn

„liegen, werden 70 % des Werthes angewiesen. Mit der Aus-
„bezahlung des Betrages gehen dieselben in das ausschließliche
„Eigenthum der Nationalbahn über. Für die Aufstellung der
„Abschlagszahlungen sind die in § 2 erwähnten Einheitspreise
„maßgebend. Bei jeder Abschlagszahlung werden zehn Prozent
„des Werthes zurückbehalten und bleiben dieselben bis nach Vol-
„lendung der ganzen Lieferung als unverzinsliche Rückläſſe stehen."

§ 5. „Für die Erfüllung ihrer Vertragsverpflichtungen leisten
„die Unternehmer Kaution in einem von der Winterthurer Bank
„avalirten Solawechsel im Betrage von 4500 Fr."

§ 8. „Für die Güte der gelieferten Materialien leisten die
„Unternehmer sechs Monate vom Zeitpunkte der definitiven Ue-
„bernahme an Garantie. Die Kaution wird erst nach Ablauf
„dieses Zeitraumes zurückgegeben."

B. Nach Vollendung der vertragsmäßig übernommenen Arbeiten betrug das Gesammtguthaben der Rekurrentin laut Abrechnung 46 270 Fr., ihr Restguthaben laut Rechnungssaldo vom 15. November 1877 9758 Fr. 50 Cts. Von diesem Guthaben wurden von der Bauleitung am 18. November 1877 8600 Fr. zur Zahlung angewiesen, während die Summe von 1136 Fr. zurückbehalten wurde und zwar ein Posten von zirka 900 Fr. bis zur Vollendung verschiedener Nacharbeiten, ein Posten von zirka 236 Fr. als Ersatz für diverse Auslagen für provisorische Barrierenwärter und Gradientenzeiger. Diese Summe von 1136 Fr. wird in der Abrechnung als „Schlußrücklaß" bezeichnet.

C. Die Ausbezahlung der zur Zahlung angewiesenen 8600 Fr. erfolgte indeß nicht. Dagegen wurde am 6. Februar 1878 der in § 5 des Vertrages vom 31. Mai 1877 vorgesehene, von der Rekurrentin eingelegte Garantiewechsel derselben zurückgestellt.

D. Im Konkurse der schweizerischen Nationalbahn meldete die Rekurrentin ihr Restguthaben mit 9758 Fr. 50 Cts. an und es wurde diese Forderung durch Entscheid des Massaverwalters vom 20. Januar 1879 unter Abzug eines Betrages von 206 Fr. 75 Cts. für mangelhafte Arbeiten und Reparaturen, für welche der Lieferant der Bahngesellschaft aufzukommen habe, mit 9551 Franken 75 Cts. ins Schuldenverzeichniß der Bahn aufgenom-

men. Im Klassifikationsentwurfe wurde diese Forderung laut Anzeige des Massaverwalters vom 1. September 1879 folgendermaßen locirt: in Klasse IV 1136 Fr., in Klasse VII 8415 Fr. 75 Cts. Auf erfolgte Einsprache hin hielt der Massaverwalter durch Entscheid vom 9. Oktober 1879 diese Lokation aufrecht.

E. Gegen diesen Entscheid rekurrirt nun die Firma Martin, Cretin, Borner u. Comp. mit Eingabe vom 7. November 1879 an das Bundesgericht; ihr Vertreter stellt den Antrag: Von der von Martin, Cretin, Borner u. Komp. im Konkurse der schweizerischen Nationalbahn angemeldeten Forderung seien 4627 Fr. Rückläße in die IV. Klasse aufzunehmen. Zur Begründung führt er aus: Von dem Gesammtguthaben der Rekurrentin von 46270 Fr. seien 10 % vertragsgemäß als unverzinsliche Rückläße stehen geblieben; diese 10 % mit 4627 Fr. seien nun gemäß Art. 38 Ziffer 4 des Gesetzes über Verpfändung und Zwangsliquidation der Eisenbahnen vom 24. Juni 1874 in Klasse IV zu lociren; es lasse sich nämlich nicht etwa behaupten, daß die Rekurrentin ihr Privileg in Bezug auf die genannten Rückläße dadurch verwirkt habe, daß sie nicht sofort nachdem deren Zahlfälligkeit eingetreten, die schweizerische Nationalbahn rechtlich belangt habe, denn erstens sehe das Gesetz eine solche Verwirkung nirgends vor und sodann sei die Nationalbahngesellschaft schon damals materiell insolvent gewesen, so daß von ihr, trotz aller Diligenz, doch keine Zahlung zu erlangen gewesen wäre. Dagegen führt der Massaverwalter in seiner Antwort, in welcher er Abweisung des Rekurses beantragt, aus: Die Rekurrentin habe durch den Vertrag vom 31. Mai 1877 die Lieferung und Aufstellung einer spezifizirten Anzahl von Gegenständen gegen eine Pauschalsumme übernommen; bei einer gegen eine Pauschalsumme übernommenen Lieferung aber liege es in der Natur des Rechtsgeschäftes, daß der vertragsmäßige Entgelt erst nach vollständiger Erfüllung seitens des Unternehmers fällig werde, soweit nicht der Vertrag selbst andere Zahlungsbedingungen aufstelle. Der § 4 des Vertrages gebe also der Rekurrentin nicht lästigere, sondern im Gegentheil günstigere Zahlungsmodalitäten, als aus der Natur des Rechtsgeschäftes an sich folgen würden. Die streitigen 4627 Fr. seien also nicht, wie

Art. 38. Ziffer 4 des Gesetzes vom 24. Juni 1874 verlange, vertragsweise stehen gebliebene Beträge, denn sie hätten ja auch ohne die betreffende spezielle Vertragsbestimmung stehen bleiben müssen. Sie seien aber auch nicht im Sinne von Art. 38 Ziff. 4 cit. vertragsmäßig zu Kautionszwecken stehen geblieben; die Kaution für Erfüllung ihrer Vertragsverpflichtungen und die Güte der Materialien habe die Rekurrentin vielmehr durch Einlage eines Garantiewechsels geleistet. Eine Ausdehnung des Privilegs der Klasse IV auf die hier streitigen 4627 Fr. würde zur Bevorrechtung aller Bauguthaben bis zum Zeitpunkte ihrer Fälligkeit führen. In seiner Replik bestreitet der Vertreter der Rekurrentin die Ausführungen des Massaverwalters, indem er namentlich ausführt: die streitigen 10 % seien im Vertrage nicht deßhalb zurückbehalten worden, weil die Bahngesellschaft eigentlich erst nach Vollendung der ganzen Lieferung zur Zahlung verpflichtet gewesen wäre, sondern deßhalb, weil sie als Kaution haben dienen sollen; deßhalb werden sie auch als „Rücklässe" bezeichnet und seien als solche von der Nationalbahn gebucht worden. Der Garantiewechsel, welcher neben den Rücklässen als Kaution gegeben worden sei, habe andern Zwecken als diese gedient. Dagegen beruft der Massaverwalter sich duplicando auf eine frühere Entscheidung des Bundesgerichtes vom 26. Dezember 1879, durch welche ein ähnlicher Rekursfall wie der gegenwärtige, entschieden worden sei.

Bei der heutigen Verhandlung ist keine Partei vertreten.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Nach Art. 38 Ziffer 4 des Bundesgesetzes über Verpfändung und Zwangsliquidation der Eisenbahnen vom 24. Juni 1874 sollen in IV. Klasse zur Befriedigung gelangen: „Die Guthaben von Bauunternehmern, welche vertragsgemäß als Kaution bei der Eisenbahngesellschaft stehen geblieben sind." Zur Begründung des Privilegs für ein Bauguthaben ist es also wie erforderlich so auch genügend, daß dasselbe vertragsgemäß als Kaution für Erfüllung der vom Unternehmer eingegangenen Verpflichtungen von der Gesellschaft zurückbehalten wird, d. h. daß vereinbart ist, es solle das betreffende Guthaben als Kaution dienen und daß in Folge dieser Vereinbarung dessen Zahlfälligkeit hinausgescho-

ben ist. Es ist also einerseits ein Bauguthaben nicht schon deßhalb privilegirt, weil seitens der Gesellschaft Zahlungsfristen für dasselbe überhaupt ausbedungen sind, sondern das Privileg ist nur dann und insoweit begründet, als die Hinausschiebung der Zahlfälligkeit eine Folge der vereinbarten Kautionsfunktion des Guthabens ist. Anderseits dagegen ist zur Begründung des Privilegs keineswegs erforderlich, daß die Zahlfälligkeit des Guthabens über den natürlichen, d. h. den mangels entgegenstehender Beredung nach der Natur des Rechtsgeschäftes als stillschweigend gewollt anzunehmenden Termin seiner Fälligkeit hinaus erstreckt sei, sondern es genügt, daß die Zahlfälligkeit über den im Vertrage für die Leistungen der Gesellschaft im Allgemeinen vom Unternehmer ausbedungenen Fälligkeitstermin hinaus erstreckt ist. Die gegentheilige, vom Massaverwalter vertretene Interpretation findet weder in dem Wortlaute des Gesetzes noch in dem gesetzgeberischen Grunde des Privilegs einen Anhalt. Der gesetzgeberische Grund des Privilegs ist offenbar der, daß der Bauunternehmer, nach bestehender Verkehrsübung, regelmäßig eine Kaution bestellen, also insoweit der Gesellschaft kreditiren muß und daß er, wenn diese Kaution durch Rücklaß eines Theiles seines Guthabens geleistet wird, nicht in der Lage ist, sich gegen Verluste auf diesem Guthaben zu schützen. Dieser Grund trifft nun aber in gleicher Weise zu, wenn der Bauunternehmer sich im Uebrigen Vorausbezahlung des Preises ausbedungen hat, dagegen einen Theil desselben vereinbartermaßen bis zur Vollendung der Arbeiten als Kaution für die Vertragserfüllung hat stehen lassen müssen, als wenn Bezahlung bei Vollendung der Arbeiten und Rücklaß eines Theiles des Guthabens als Garantie für die Güte der Arbeit und der Materialien während einer bestimmten Garantiefrist vereinbart ist. Das Gesetz unterscheidet denn auch zwischen diesen beiden Fällen in keiner Weise, sondern es privilegirt schlechthin alle Kautionsguthaben der Bauunternehmer, ohne zu unterscheiden, ob das Guthaben als Kaution für Vollendung der Arbeiten bis zum Zeitpunkte der Vollendung oder ob es als Kaution für die Güte der Arbeit und der Materialien bis nach Ablauf einer vereinbarten Garantiefrist zurückgelassen wird. Nach bekannter Auslegungsregel

hat daher auch der Richter eine solche Unterscheidung nicht zu machen.

2. Ob ein rückständiges Bauguthaben als Kautionsguthaben und daher als privilegirt zu betrachten ist, hängt also ausschließlich davon ab, ob dasselbe als vertragsgemäß vereinbarte Kaution stehen geblieben ist oder nicht. Diese Frage ist eine Thatfrage des einzelnen Falles, eine Frage der Vertragsinterpretation. In der Entscheidung vom 26. Dezember 1879 in Sachen Aktiengesellschaft für Eisenindustrie und Brückenbau (vormals J. C. Harkort) in Duisburg, auf welche vom Massaverwalter Bezug genommen wird, wurde dieselbe für die konkrete Streitsache auf Grund des dort maßgebenden Werkverbindungsvertrages, in welchem offenbar bloße Zahlungsmodalitäten und kein Kautionsrücklaß vereinbart waren, verneint. Im vorliegenden Falle dagegen ist dieselbe zu bejahen; denn

a. In § 4 (erstem Satze) des Vertrages ist ausbedungen, daß die Unternehmer entsprechende (d. h. den bereits vollendeten Leistungen entsprechende) Abschlagszahlungen erhalten sollen, sobald sie jeweilen eine Portion von Vertragsgegenständen, zusammen im Werthe von zirka 3000 Franken, jeden einzelnen für sich fix und fertig, erstellt haben. Von diesen, nach den vertragsmäßig angenommenen Grundsätzen an sich in ihrer Totalität verfallenen Abschlagszahlungen werden aber nach § 4 (letztem Satze) des Vertrages jeweilen zehn Prozent des Werthes zurückbehalten; es wird also die Zahlfälligkeit dieser 10 % ausnahmsweise hiausgeschoben, und zwar deshalb, weil diese 10 % als Kaution des Unternehmers für Vollendung der Arbeiten dienen sollen. Daß dieß der Sinn und Zweck der Vereinbarung ist, ergibt sich deutlich aus den Worten des Vertrages, wonach die zurückbehaltenen 10 % „bis nach Vollendung der ganzen Lieferung als unverzinsliche Rückläße stehen bleiben." Durch die Bezeichnung der zurückbehaltenen 10 % als unverzinsliche Rückläße ist unzweideutig ausgesprochen, daß dieselben an sich, nach den vertragsmäßig vereinbarten Zahlungsmodalitäten, verfallen wären, aber als vertragsmäßige Kaution des Unternehmens zurückbehalten werden, daß es sich also nicht um Vereinbarung einer gewöhnlichen Zahlungsmodalität, sondern um Bestellung einer Kaution handelt.

b. Diesem Sachverhalte entsprechend wurden die streitigen 10 % von der Verwaltung der Nationalbahn als Rückläße besonders gebucht, wie zwischen den Parteien nicht bestritten ist.

c. Daran ändert auch der Umstand nichts, daß die Unternehmer neben der Kaution durch einen Rücklaß von 10 % nach §§ 5 und 8 des Vertrages noch eine besondere Kaution für Erfüllung ihrer Vertragspflichten und für die Güte der gelieferten Materialien durch Einlegung eines Garantiewechsels bestellt haben. Denn es steht natürlich nichts entgegen, daß für eine und dieselbe Verpflichtung mehrfache Kaution durch verschiedene Sicherungsmittel bestellt werde. Der Garantiewechsel hatte übrigens neben dem Rücklasse eine selbständige Bedeutung als Sicherungsmittel, da er Sicherung dafür, daß die Unternehmer die Arbeit überhaupt beginnen werden und für die in Bezug auf die Güte der Materialien übernommene Garantie gewährte, in welchen Beziehungen der Rücklaß, der getroffenen Vereinbarung nach, eine Sicherheit nicht gewähren konnte.

3. Auch wenn man übrigens mit dem Massaverwalter davon ausgehen wollte, daß von einem Kautionsguthaben nur dann gesprochen werden könne, wenn dasselbe nach vertragsmäßiger Vereinbarung über seinen natürlichen Fälligkeitstermin hinaus stehen bleiben müsse, so müßten im vorliegenden Falle die zurückbehaltenen 10 % doch als Kautionsguthaben anerkannt werden; denn die Auffassung des Massaverwalters, daß durch den Vertrag vom 31. Mai 1877 eine einheitliche Verpflichtung der Unternehmer geschaffen worden sei, so daß der Entgelt mangels entgegenstehender Beredung erst nach gänzlicher Vollendung sämmtlicher Arbeiten gefordert werden könne, ist unbegründet. Der einheitliche Preis, welcher für die sämmtlichen Arbeiten festgesetzt wurde, ist für die Einheitlichkeit der Obligation nicht entscheidend (Dernburg, Preuß. Priv.-R. II, S. 51 und Windscheid, Pand. § 252 III); vielmehr geht aus der Gesammtheit der Bestimmungen des Vertrages, insbesondere aus der Verschiedenartigkeit der zu liefernden Gegenstände und aus der Festsetzung, daß bei Mehr- oder Minderlieferung einzelner Gegenstände der Gesammtpreis um die betreffenden Einheitspreise sich ändern solle, deutlich hervor, daß nicht eine einheitliche, sondern meh-

rere selbständige Leistungen den Gegenstand des Vertrages bildeten. Die Beredung partienweiser Bezahlung nach Vollendung einzelner Arbeiten entspricht also gerade der Natur des Rechtsverhältnisses.

4. Wenn demnach anerkannt werden muß, daß den vom Bauguthaben der Rekurrentin zurückbehaltenen 10 % die Natur eines Kautionsguthabens ursprünglich zukam, so kann es sich nur noch fragen, ob dieses Verhältniß dadurch geändert worden ist, daß infolge der Abrechnung vom 18. November 1877 die Rückläße bis auf einen Rest von 1136 Fr. zur Zahlung angewiesen wurden und daß seither bis zur Eröffnung des Konkurses der Nationalbahn die Rekurrentin keine rechtlichen Schritte zur Einforderung ihres Guthabens gethan hat. Allein diese Frage ist zu verneinen. Wenn nämlich auch festzuhalten ist, daß ein Bauunternehmer, welcher ein zahlfällig gewordenes Kautionsguthaben bei der Bahngesellschaft freiwillig stehen läßt und also dieser weiter kreditirt, seinen Anspruch auf das Privilegium IV. Klasse verliert, da sein Guthaben nach eingetretener Zahlfälligkeit eben nicht mehr als Kaution, sondern in Folge weitern Kreditirens seitens des Bauunternehmers stehen geblieben ist, so kann doch im vorliegenden Falle von einem weitern Kreditiren seitens der Rekurrentin, angesichts des Umstandes, daß die Nationalbahn schon zur Zeit der Zahlungsanweisung materiell insolvent war, rechtliche Schritte gegen dieselbe also doch von vornherein nutzlos gewesen wären, nicht die Rede sein.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird als begründet erklärt und demnach, in Abänderung des Entscheides des Massaverwalters, von der im Konkurse der Nationalbahn angemeldeten Ansprache der Rekurrentin der Betrag von 4627 Fr. (viertausend sechshundert sieben und zwanzig Franken) in die vierte Klasse versetzt.

28. Urtheil vom 28. Februar 1880 in Sachen Wullschläger und Müller gegen Nationalbahn.

A. Am 15. August 1876 schlossen die Bauunternehmer Wullschläger und Müller in Zofingen mit der Direktion der schweizerischen Nationalbahngesellschaft einen Vertrag über die Herstellung der Hochbauarbeiten auf den Stationen Köllikon und Safenwyl, mit Ausnahme der auf dieser Linie zu erstellenden Wärterbuden. In § 4 dieses Vertrages ist bestimmt: „Für die „genaue Erfüllung der Verpflichtungen des gegenwärtigen Ver„trages, welchem eine Gesammtübernahmssumme von 54 039 Fr. „09 Cts. zu Grunde liegt, leisten die Unternehmer Personal„kaution und es haften die betreffenden Bürgen auf die Dauer „von drei Jahren nach erfolgter definitiver Uebernahme der Ar„beiten als Bürge und Selbstzahler.

„Außerdem wird ein unverzinslicher Rücklaß von 10 % der „Verdienstsumme als weitere Kaution zurückbehalten, welcher „Rücklaß jedoch nach gänzlicher Vollendung der Arbeiten und „insofern die Ausführung derselben eine durchaus zufriedenstel„lende ist auf alleiniges Ermessen der Direktion ganz oder nur „theilweise ausbezahlt wird."

B. Am 25. Juni 1877 sodann schlossen die Bauunternehmer Wullschläger und Müller mit der Direktion der Nationalbahngesellschaft einen weitern Vertrag über Ausführung verschiedener Hochbauarbeiten auf den Stationen Zofingen und Köllikon um die Uebernahmssumme von im Ganzen 33 616 Fr. 56 Cts. In § 4 dieses Vertrages ist bestimmt: „Für die genaue Erfüllung „der Verpflichtungen des gegenwärtigen Vertrages, welchem eine „Gesammtübernahmssumme von 33 616 Fr. 56 Cts. zu Grunde „liegt, leisten die Unternehmer Personalkaution und es haftet „der betreffende Bürge auf die Dauer von drei Jahren nach „erfolgter definitiver Uebernahme der vorstehenden Arbeiten als „Bürge und Selbstzahler."

In § 6 sind für die verschiedenen Arbeitskategorien verschiedene Vollendungstermine festgesetzt und in Art. 8 ist stipulirt, daß auf rechtzeitiges Verlangen den Unternehmern auf Mitte

jeden Monates der Bauperiode im Sinne des § 24 der allgemeinen Bestimmungen des Bedingnißheftes Abschlagszahlungen aufgestellt und auf Ende desselben Monates geleistet werden, mit der Modifikation jedoch, daß nur am Bau selbst verwendete Materialien in die Berechnung eingezogen werden.

Der in Bezug genommene § 24 der allgemeinen Bestimmungen des Bedingnißheftes bestimmt: „Die Unternehmer erhalten „während des Baues auf Grund der von den Organen der Ge„sellschaft beglaubigten Urkunden über Lieferung von Materia„lien und geleistete Arbeit Abschlagszahlungen von 90 % des „Werthes ihrer Leistungen. Die Berechnung jeder Abschlagszah„lung umfaßt die Gesammtleistung der Unternehmer oder Lie„feranten bis zum Tage der Aufstellung, also auch diejenigen „Leistungen aufs Neue, welche schon in den frühern Abschlags„zahlungen berechnet waren. Von der Schlußsumme werden 10 % „Rückläße als Garantie, ferner sämmtliche frühern Abschlags„zahlungen in Abzug gebracht.“ In § 9 des Vertrages endlich ist stipulirt, daß nach gänzlicher Vollendung der Arbeiten die Bauobjekte nach Maßgabe des § 25 der allgemeinen Bedingungen des Bedingnißheftes von der Gesellschaft definitiv übernommen, die Abrechnung aufgestellt und das Restguthaben verabfolgt werde.

C. Laut Abrechnung vom 29. November 1877 über die in dem Fakt. A bezeichneten Vertrage vom 15. August 1876 übernommenen Arbeiten betrug das Gesammtguthaben der Rekurrenten für diese Arbeiten 48 042 Fr. 25 Cts. Das Gesammtguthaben der Rekurrenten aus dem Vertrage vom 25. Juni 1877 (Fakt. B oben) dagegen betrug laut Abrechnung vom 12. Februar 1878 32 892 Fr. 99 Cts. Von diesem waren 3348 Fr. 51 Cts. als Rückläße bei den Abschlagszahlungen zurückbehalten worden. Im Konkurse der Nationalbahn meldeten nun die Rekurrenten als Restguthaben aus beiden Verträgen eine Forderung von 26 968 Fr. an. Diese Forderung wurde vom Massaverwalter zu dem genannten Betrage in das Schuldenverzeichniß der Bahn aufgenommen und in folgender Weise locirt: 4804 Fr. 22 Cts. (als Betrag der 10prozentigen Garantierückläße der Verdienstsumme aus dem Vertrage vom 15. August 1876) in Klasse IV; 22 163 Fr.

78 Cts. in Klasse VII. Gegen diese Lokation erhoben die Rekurrenten Einsprache, indem sie den Antrag stellten, ihr mit dem Vertrage vom 25. Juni 1877 zusammenhängendes Restguthaben im Betrage von 3348 Fr. 50 Cts. sei ebenfalls in Klasse IV zu lociren. Durch Entscheid vom 9. Oktober 1879 erhielt indeß der Massaverwalter seine frühere Lokation aufrecht.

D. Gegen diesen Entscheid haben die Bauunternehmer Wullschläger und Müller den Rekurs an das Bundesgericht ergriffen. Sie stellten den Antrag: „Die hierseitige Einsprache vom 12. September sei, in Aufhebung des Entscheides des Massaverwalters vom 9. Oktober abhin, als eine begründete zu erklären und daher das den Beschwerdeführern kraft Vertrages vom 25. Juni 1877 zustehende Restguthaben von 3348 Fr. 50 Cts. ebenfalls in die IV. Klasse zu versetzen u. F. d. K." Zur Begründung wird angeführt: Der Vertrag vom 25. Juni 1877, aus welchem die streitigen 3348 Fr. 50 Cts. gefordert werden, weiche in Bezug auf die rechtliche Natur der 10 % Rückläße von dem Vertrage vom 15. August 1876 sachlich nicht ab; es sei nur die Redaktion eine verschiedene, während der Sinn der gleiche sei und jedenfalls die Rekurrenten bei Unterzeichnung des Vertrages vom 25. Juni 1877 der Meinung gelebt haben, es verhalte sich mit den Rückläßen nach demselben in gleicher Weise, wie nach dem frühern Vertrage. Daß diesen Rückläßen der Charakter einer vertragsmäßig bestellten Kaution zukomme, ergebe sich deutlich aus § 8 des Vertrages, welcher auf § 24 der allgemeinen Bedingungen des Bedingnißheftes verweise, wo ausdrücklich gesagt sei, daß die bei den Abschlagszahlungen zurückbehaltenen 10 % als Garantie dienen sollen. Mit diesem Charakter der Rückläße stehe auch § 9 des Vertrages nicht in Widerspruch; denn, wenn auch dieser § 9 besage, daß nach Vollendung der Arbeiten das Restguthaben zahlfällig werde, so sei es doch nicht nöthig, den Ausdruck „Restguthaben" auf die Rückläße zu beziehen; vielmehr habe man bei dieser Stipulation an die Möglichkeit gedacht, daß die Abschlagszahlungen nicht, wie verabredet, 90 % erreichen sollten und mit dem Ausdrucke „Restguthaben" diese Differenz bezeichnen wollen. Die Rückläße haben also wirklich als Kaution für die Güte der Arbeit und der Materialien während der Ga-

rantiefrist stehen bleiben sollen. Dem stehe nicht entgegen, daß daneben vertragsgemäß noch eine Personalkaution bestellt worden sei, denn dies schließe die Bestellung einer Realkaution durch Rücklaß nicht aus. Endlich sei darauf hinzuweisen, daß zur Zeit der Schlußabrechnung mit den Rekurrenten der Konkurs der Nationalbahngesellschaft vor der Thüre gestanden habe, die Verwaltungsbehörden der letztern die Rekurrenten also jedenfalls nicht mehr hätten ausbezahlen können, so daß den Rekurrenten der Vorwurf, sie haben ihr Guthaben nicht mit der erforderlichen Diligenz eingefordert, jedenfalls nicht gemacht werden könne. In seiner Rekursbeantwortung stellt dagegen der Massaverwalter die Anträge: Das Bundesgericht wolle 1) den Rekurs abweisen, 2) den Rekurrenten die Gerichtskosten und eine angemessene Prozeßkostenentschädigung an die Masse auferlegen. Er weist zur Begründung darauf hin, daß in dem Vertrage vom 15. August 1876 ausdrücklich neben der Personalkaution auch eine Realkaution durch Rücklaß ausbedungen sei, während der § 4 des Vertrages vom 25. Juni 1877 nur die Bestellung einer Personalkaution vorsehe; der Inhalt der allgemeinen Bedingungen des Bedingnißheftes, insbesondere des § 24 desselben, sei nur insofern maßgebend, als er mit den Bestimmungen des abgeschlossenen besondern Vertrages nicht im Widerspruch stehe. Nun gehe aber aus § 9 des Vertrages vom 25. Juni 1877 hervor, daß das gesammte Restguthaben der Rekurrenten nach Vollendung der Arbeiten, bzw. der definitiven Uebernahme derselben, durch die Gesellschaft habe ausbezahlt werden sollen, während die Garantiefrist nach § 10 des Vertrages drei Jahre betrage und nach § 27 der allgemeinen Bestimmungen des Bedingnißheftes erst vom Tage der definitiven Uebernahme an laufe. Daraus ergebe sich, daß den auf den Abschlagszahlungen zurückbehaltenen 10 % nicht der Charakter von Garantierücklässen zukomme; die in § 8 des Vertrages enthaltene Hinweisung auf § 24 des Bedingnißheftes ändere daran nichts; diese Verweisung beziehe sich nur auf die Art und Weise der Ausrichtung der stipulirten Abschlagszahlungen, dagegen verleihe sie den zurückbehaltenen 10 % nicht den Charakter von Garantierücklässen, den sie nach den klaren Bestimmungen des Vertrages nicht haben.

Was die Behauptung der Rekurrenten anbelange, daß sie die Bestimmungen des Vertrages vom 25. Juni 1877 in Beziehung auf die Rückläße für gleichbedeutend mit denjenigen des Vertrages vom 15. August 1876 gehalten haben, so werde dieselbe dem Bundesgerichte zu gutfindender Würdigung unterstellt.

In ihrer Replik begnügen sich die Rekurrenten, von der letztern Erklärung des Massaverwalters, beziehungsweise davon, daß dieser ihre bezügliche Behauptung nicht direkt bestritten hat, Akt zu nehmen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Nach Art. 38 Ziffer 4 des Bundesgesetzes vom 24. Juni 1874 kommt, wie das Bundesgericht wiederholt ausgesprochen hat, das Privilegium IV. Klasse allen Guthaben von Bauunternehmern zu, welche als Kaution, sei es für die Vollendung der Arbeiten bis zum Zeitpunkte der Vollendung, sei es für die Güte der Arbeit und der Materialien bis nach Ablauf einer vereinbarten Garantiefrist vertragsgemäß stehen geblieben sind, d. h. deren Zahlfälligkeit infolge der vertraglichen Vereinbarung, daß sie als Kaution dienen sollen, über den im Allgemeinen für die Leistungen der Gesellschaft im Vertrage ausbedungenen Fälligkeitstermin hinaus erstreckt worden ist. Ob eine Vereinbarung dieses Inhaltes vorliege, ist eine Frage der Vertragsinterpretation im einzelnen Falle.

2. Die Frage nun, ob in dem Vertrage vom 25. Juni 1877 eine derartige Vereinbarung, wonach die auf den stipulirten Abschlagszahlungen zurückbehaltenen 10 % als Kaution, sei es für die Vollendung der Arbeiten, sei es für die Solidität derselben, dienen sollen, enthalten sei, ist zu bejahen, denn:

a. Das Bedingnißheft enthält ein Verzeichniß allgemeiner, von der Gesellschaft aufgestellter und kundgegebener Vertragsnormen, unter welchen dieselbe mit den Unternehmern kontrahiren zu wollen erklärt. Dadurch, daß die Unternehmer auf Grundlage des Bedingnißheftes mit der Gesellschaft kontrahirten, haben sie sich den Bestimmungen desselben unterworfen, dieselben mithin als Bestandtheile des Vertrages anerkannt. Der Inhalt des Bedingnißheftes gilt demnach als zwischen den Parteien vereinbarte lex contractus. (Vergl. Goldschmid in der Zeitschrift für das ge-

sammte Handelsrecht IV S. 594 u. ff.; Laband, ibid. XVII S. 476 u. ff.) Dies ist überdem in Art. 1 des Vertrages vom 25. Juni 1877 und dem dazu gehörigen Marginale ausdrücklich ausgesprochen. Wenn nun auch, soweit die speziellen Verträge von den allgemeinen Bestimmungen des Bedingnißheftes abweichende Vereinbarungen enthalten, unzweifelhaft die besondern Bestimmungen des Vertrages und nicht die allgemeinen des Bedingnißheftes zur Anwendung kommen müssen, da insoweit die Parteien offensichtlich die Anwendung der allgemeinen Bestimmungen des Bedingnißheftes nicht gewollt haben, so ist doch ein solcher Widerspruch zwischen dem speziellen Vertrage und der allgemeinen Vertragsnorm, dem Bedingnißhefte, regelmäßig nicht zu unterstellen; es ist vielmehr im Zweifel anzunehmen, daß die Anwendung der als allgemeine Vertragsnorm von der Gesellschaft aufgestellten und von den Unternehmern anerkannten Bestimmungen des Bedingnißheftes auch im speziellen Falle gewollt sei.

b. § 24 der allgemeinen Bestimmungen des Bedingnißheftes für Hochbauten enthält die ausdrückliche Bestimmung, daß den Unternehmern Abschlagszahlungen verabfolgt, daß aber bei Leistung derselben 10 % als Garantie, d. h. zu Kautionszwecken zurückbehalten werden. § 27 ibidem bestimmt, daß für Solidität der ausgeführten Arbeiten „eventuell" auch die 10 % Garantierücklässe während der Garantiefrist haften. Nach den Bestimmungen des Bedingnißheftes unterliegt es also keinem Zweifel, daß die zurückbehaltenen 10 % als vertragsmäßige Kaution zu betrachten sind. Das Bedingnißheft erkennt die Garantierücklässe expressis verbis als weitere Kaution neben der in Art. 1 desselben vorgeschriebenen besondern Real- oder Personalkaution an; es steht also selbst eine doppelte Kaution durch Rücklaß und durch Bürgschaft oder Pfandbestellung vor.

c. Im Vertrage vom 25. Juni 1877 ist die Anwendung dieser allgemeinen Normen des Bedingnißheftes keineswegs ausdrücklich ausgeschlossen; es wird im Gegentheil in Art. 8 des Vertrages, welcher den Unternehmern Abschlagszahlungen zusichert, auf § 24 der allgemeinen Bestimmungen des Bedingnißheftes, welcher einen 10prozentigen Garantierücklaß vorsieht, spe-

ziell verwiesen; es werden also die Normen dieses Artikels speziell als anwendbar erklärt. Mit der Kautionseigenschaft der zurückbehaltenen 10 %, welche demnach als vereinbart gelten muß, stehen denn auch die Bestimmungen des Vertrages durchaus nicht im Widerspruch. Aus dem citirten Art. 8 (vergl. oben Fakt. A) ergibt sich, daß die Unternehmer berechtigt sind, monatliche Abschlagszahlungen für die ausgeführten Arbeiten zu fordern, daß also diese Abschlagszahlungen an sich ihrem ganzen Betrage nach fällig wären und daß lediglich infolge der Vereinbarung einer Kautionsbestellung durch Rücklaß die streitigen 10 % zurückbehalten werden. Der Art. 9 des Vertrages sodann, auf welchen der Massaverwalter sich speziell bezieht, schließt den Garantiecharakter der Rücklässe ebenfalls nicht aus. Wenn man nämlich auch die Auslegung des Massaverwalters, daß das nach § 9 cit. mit Vollendung der Arbeiten fällig werdende Restguthaben gerade die streitigen 10 % umfasse, adoptirt, so kann doch daraus die Folgerung, daß dieselben mithin nicht als Garantierücklässe im Sinne des § 24 cit. des Bedingnißheftes betrachtet werden können, nicht abgeleitet werden. Denn aus dem Umstande, daß die Rücklässe mit Vollendung der Arbeiten fällig werden, folgt nur, daß dieselben nicht als Kaution für die Solidität der Arbeiten während der Garantiefrist bestellt worden sind; dagegen ist es damit keineswegs unvereinbar, daß sie als Kaution, freilich nicht für die Solidität, wohl aber für die Vollendung der Arbeiten, vertragsmäßig bestellt seien. Das Bedingnißheft hat denn auch eine Beschränkung der Garantiefunktion der Rücklässe auf diesen Zweck unverkennbar vorgesehen, wie sich daraus ergibt, daß es in § 24 der allgemeinen Bedingungen den Abzug von 10 % als „Garantie" allgemein vorschreibt, dagegen in § 27, wo von der Garantie für die Solidität der Arbeiten die Rede ist, die Rücklässe nur „eventuell," d. h. für den Fall, daß sie nach den Bestimmungen des einzelnen Vertrages auch für diesen Zweck bestellt und nicht schon mit Vollendung der Arbeiten zurückzugeben sind, nennt. § 9 des Vertrages steht also, auch wenn man die vom Massaverwalter vertretene Auslegung desselben annimmt, mit den Bestimmungen der §§ 24 und 27 des Bedingnißheftes keineswegs im Widerspruch. Es müssen also die

Bestimmungen dieses Artikels als zwischen den Parteien vereinbarte lex contractus zur Anwendung kommen und danach der Kautionscharakter der zurückbehaltenen 10 % anerkannt werden.

d. Dieses Resultat wird auch durch das thatsächliche Verhalten der Parteien, insbesondere durch das, für sich allein freilich nicht entscheidende, Gebahren der Verwaltung der Nationalbahn in Bezug auf die Buchung der streitigen 10 % bestätigt. Es kann auch zur Bekräftigung auf die Erklärung der Rekurrenten hingewiesen werden, daß sie ihrerseits bei Unterzeichnung des Vertrages vom 25. Februar 1877 von der Anschauung ausgegangen seien, derselbe stimme in den hier fraglichen Punkten mit dem frühern Vertrage überein, welche Erklärung, da sie vom Massaverwalter in thatsächlicher Beziehung nicht bestritten worden ist, nach Art. 100 des eidgenössischen Civilprozeßgesetzes als zugestanden gelten muß, und welcher immerhin eine gewisse Bedeutung als Interpretationsmoment zukommt.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird als begründet erklärt und demnach in Abänderung des Entscheides des Massaverwalters von der Ansprache der Rekurrenten das diesen aus dem Vertrage vom 25. Juni 1877 zustehende Restguthaben von 3348 Fr. 50 Cts. (dreitausend dreihundert und acht und vierzig Franken fünfzig Rappen) ebenfalls in Klasse IV versetzt.

III. Civilstand und Ehe. — Etat civil et mariage.

29. Urtheil vom 13. Februar 1880 in Sachen Eheleute Hunziker.

A. Durch Urtheil des Obergerichtes des Kantons Aargau vom 19. Dezember 1879 wurde, in einiger Ergänzung des Urtheils des Bezirksgerichtes Aarau von 10. Oktober gleichen Jahres, erkannt:

1. Die zwischen den Litiganten bestehende Ehe sei gänzlich getrennt;

2. Das derselben entsprossene Mädchen sei dem Vater zur Pflege und Erziehung überlassen;

3. Der Beklagte habe der Klägerin ihre zugebrachte Fahrhabe laut Inventar in natura, eventuell nach ihrem Werthe, sowie das eingebrachte Kapitalvermögen mit 5000 Fr. herauszugeben;

4. Die sämmtlichen Streitkosten seien unter den Parteien wettgeschlagen.

Dispositiv 2 dieses Urtheils wurde vom Obergerichte damit begründet: In Beziehung auf die Zutheilung der Kinder sei das kantonale Recht maßgebend; dem § 149 des aargauischen bürgerlichen Gesetzbuches, wonach die Kinder im Falle einer Scheidung dem unschuldigen Theile überlassen werden sollen, wenn sich die Ehegatten nicht anders darüber verständigt haben oder von dem Gerichte aus erheblichen Ursachen eine andere Anordnung als für die Kinder selbst vortheilhafter erachtet werde, liege nun aber das Prinzip zu Grunde, daß bei der Frage, welchem der getrennten Ehegatten die Kinder überlassen werden sollen, das Wohl und der Vortheil der letztern selbst als entscheidend angesehen werden müssen. Von diesem Standpunkte aus aber rechtfertige sich mit Rücksicht auf die konkrete Sachlage die Zutheilung des Kindes an den Vater.

B. Gegen dieses Urtheil erklärte Frau Pauline Hunziker durch Eingabe vom 7. Januar 1880 in Anbetracht, „daß die Klägerin als der unschuldige Theil, der die Scheidung verlangt hat, anzusehen ist, jedenfalls sie das geringere, den Beklagten das größere Verschulden trifft und weder durch die Prozedur festgestellt, noch vom Obergerichte erklärt wird, daß für den Richter, der die Schuldfrage zu Gunsten der Klägerin entscheidet und nicht wie das Obergericht unentschieden läßt, d. h. die Wahl zwischen zwei vermeintlich gleichberechtigten Eltern vornimmt, erhebliche Ursachen bestehen, um von der durch § 149 des aargauischen bürgerlichen Gesetzbuches als Regel ausgesprochenen Vorschrift, es seien die Kinder dem unschuldigen Theile zu überlassen, Umgang zu nehmen," den Rekurs an das Bundesge-

richt und stellte bei diesem das Begehren: „Das Bundesgericht wolle in Abänderung des Urtheiles des aargauischen Obergerichtes vom 19. Dezember 1879 dem Petitum der Klägerin auf Ueberlassung des Kindes aus dem Grunde des Nicht- eventuell geringern Verschuldens Folge geben, demnach das Töchterchen Gertrud der Litiganten anstatt dem Beklagten der Klägerin zusprechen und dem erstern aufgeben, der letztern für das Kind eine angemessene Alimentation zu entrichten unter Kostenfolge."

C. Bei der heutigen Verhandlung hält der Vertreter der Klägerin diesen Antrag aufrecht. Dagegen stellt der Vertreter des Beklagten die Anträge:

1. Das Bundesgericht wolle wegen mangelnder Kompetenz auf die Weiterziehung der Sache seitens der Gegenpartei nicht eintreten, eventuell;

2. Das Bundesgericht wolle die von der Gegenpartei gestellten Anträge als unbegründet abweisen.

Auf Zuspruch der Kosten dagegen wird seitens des Beklagten verzichtet.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Klägerin hat das Urtheil des Obergerichtes des Kantons Aargau lediglich mit Beziehung auf Dispositiv 2 (die Zutheilung des aus der Ehe entsprossenen Kindes an den Vater) angefochten, während dieses Urtheil, soweit es die Hauptfrage der Ehescheidung selbst und die übrigen Nebenpunkte anbelangt, nicht angefochten und daher in Rechtskraft erwachsen ist.

2. Wie nun das Bundesgericht bereits ausgesprochen und in konstanter Praxis festgehalten hat (vergl. insbes. Urtheil vom 29. Dezember 1876 i. S. Geigy, Entscheidungen II, S. 502, ferner Entscheidungen III, S. 388, ibid. S. 393 u. s. f.) ist eine selbständige Weiterziehung derjenigen Bestimmungen eines kantonalen Scheidungsurtheiles, welche sich auf die in Art. 49 Lemma 1 des Bundesgesetzes über Civilstand und Ehe genannten Folgen der Ehescheidung beziehen, nicht statthaft, beziehungsweise das Bundesgericht nicht kompetent, auf Abänderungsbegehren einer Partei in Beziehung auf diese Punkte einzutreten. Denn die in Art. 49 lemma 1 leg. cit. bezeichneten Folgen der Ehescheidung, also namentlich auch die Zutheilung der Kin-

der, sind nicht durch Bundesgesetz geordnet, sondern ihre Regelung ist der kantonalen Gesetzgebung überlassen, das Bundesgericht aber hat, sofern es nicht gemäß Art. 49 Lemma 2 leg. cit. über die bezeichneten Folgen der Ehescheidung gleichzeitig mit dem Entscheide über die Frage der Scheidung selbst zu urtheilen berufen ist, seiner verfassungs- und gesetzmäßigen Stellung entsprechend, nur die richtige Anwendung der Bestimmungen des Bundesgesetzes, nicht dagegen die richtige Anwendung des kantonalen Rechtes zu prüfen; die Anwendung des letztern ist vielmehr ausschließlich den kantonalen Gerichten überlassen und ihre diesbezüglichen Entscheidungen unterliegen der Abänderung durch das Bundesgericht nicht. Das angefochtene Dispositiv 2 des Urtheils des aargauischen Obergerichtes beruht nun ausschließlich auf Auslegung und Anwendung des kantonalen Rechtes (des § 149 des aargauischen bürgerlichen Gesetzbuches). Das Bundesgericht ist also nicht kompetent, dessen Richtigkeit oder Unrichtigkeit zu prüfen.

3. Auch aus dem angerufenen Urtheile i. S. Schwarz (Entscheidungen IV, S. 437) kann die Kompetenz des Bundesgerichtes zur Beurtheilung der vorliegenden Frage nicht abgeleitet werden. Denn jenes Urtheil hat den Fall im Auge, wo in Gemäßheit des eidgenössischen Civilstandsgesetzes (Art. 48 und 49) an das Verschulden eines Ehegatten gewisse Konsequenzen geknüpft sind und der kantonale Richter nach Ansicht des Bundesgerichtes die selbständige Frage des Verschuldens und folgerichtig die daran laut Gesetz sich knüpfenden Konsequenzen unrichtig beurtheilt hat. Allein das trifft hier nicht zu. Denn im vorliegenden Falle ist das aargauische Obergericht bei seiner Entscheidung betreffend Zutheilung des Kindes an den Vater lediglich von dem Gesichtspunkte des Interesses des Kindes ausgegangen, indem es ausführt, daß dieser Gesichtspunkt nach aargauischem Rechte (§ 149 des aarg. bürgerl. Gesetzb. letzter Satz) der vorwiegend entscheidende sei; die Frage des Verschuldens dagegen hat es nicht erörtert. Es kann also davon, daß dieser Entscheid der bundesgerichtlichen Abänderung deshalb unterliege, weil er sich als eine Konsequenz der Beurtheilung der Frage des Verschuldens darstelle, nicht die Rede sein.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Es wird auf den Rekurs der Frau P. Hunziker-Wydler wegen Inkompetenz des Gerichtes nicht eingetreten.

IV. Haftpflicht der Eisenbahnen etc. bei Tödtungen und Verletzungen.

Responsabilité des entreprises de chemins de fer etc. en cas d'accident entraînant mort d'homme ou lésions corporelles.

30. Urtheil vom 20. März 1880 in Sachen Stacher gegen Nationalbahn.

A. Durch Urtheil vom 27. Januar 1880 hat die Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich erkannt:

1. Die Beklagte ist schuldig, an den Kläger 524 Fr. 70 Cts. für Heilungskosten und nach ihrer Wahl entweder eine jährliche Rente von 335 Fr. vom 1. August 1870 an oder eine Kapitalsumme von 4475 Fr. 30 Cts. mit Zins zu 5 % vom gleichen Tage an zu bezahlen.

2. Bei ihrer Erklärung, für die Rente Sicherheit leisten zu wollen, wird die Beklagte behaftet.

3. u. s. w.

4. Die erstinstanzlichen Kosten werden zu $^1/_{10}$ dem Kläger und zu $^9/_{10}$ der Beklagten, die zweitinstanzlichen dagegen der letztern allein auferlegt.

B. Gegen dieses Urtheil erklärte der Vertreter der Beklagten die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung stellt der Vertreter der Beklagten die Anträge:

1. Es sei die der Beklagten auferlegte Kapitalentschädigung auf 2000 Fr., die Rente dagegen auf 100 Fr. zu reduziren, wobei der Beklagten die Wahl zwischen Kapital und Rente zu belassen sei, eventuell

2. sei jedenfalls die Rente auf 225 Fr., weiter eventuell
3. auf 261 Fr. 64 Cts. zu reduziren, unter Kostenfolge.

Der Anwalt des Klägers dagegen beantragt Bestätigung des rekurrirten Urtheils in der Hauptsache, dagegen Modifikation desselben in Beziehung auf die Kosten in dem Sinne, daß sämmtliche Kosten der Beklagten aufzuerlegen seien, ebenfalls unter Kostenfolge.

Replikando bemerkt der Vertreter der Beklagten, daß das eidgenössische Prozeßrecht die Anschlußappellation nicht kenne und daher der heutige Antrag des Klägers in Bezug auf den Kostenpunkt unstatthaft sei.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. In thatsächlicher Beziehung steht fest: Dem Kläger wurde am 27. April 1878, während er bei Einfahrt des Personenzuges Nr. 92 auf der Station Egnach auf seinem Posten als Weichenwärter stand, von einer offenstehenden Thür eines Dienstwagens das erste und theilweise das zweite Glied des rechten Daumenfingers weggerissen. Als Ersatz der Heilungskosten und der Vermögensnachtheile, die er in Folge verminderter Erwerbsfähigkeit erlitten, forderte Kläger, welcher 29 Jahre alt ist und mit Inbegriff der Stundengelder, einen Jahresgehalt von rund 1340 Fr. bezog, laut friedensrichterlicher Weisung vom 3. September 1878 einen Betrag von 5000 Fr. resp. 4475 Fr.

2. Vor den Vorinstanzen hat die Beklagte der Klage die Einrede des Selbstverschuldens entgegengesetzt und gänzliche Abweisung derselben beantragt. Heute dagegen hat der Vertreter der Beklagten diesen Antrag nicht aufrecht erhalten, sondern er hat lediglich Reduktion der dem Kläger zugesprochenen Entschädigung beantragt, wobei er sich einerseits auf konkurrirendes Verschulden des Klägers, anderseits darauf beruft, daß die Entschädigung überhaupt übersetzt sei und jedenfalls die der Beklagten elektiv auferlegte Rente in keinem richtigen Verhältniß zu der vom Kläger geforderten und ihm zugesprochenen Aversalsumme stehe, vielmehr auf 225 Fr. als den Betrag des landesüblichen Zinses des geforderten Kapitals oder äußersten Falles auf 261 Fr. 64 Cts. als den Betrag der Rente, welche mit dem geforderten Kapital durch Einkauf in eine Rentenanstalt nach den Tarifsätzen der schweizerischen Anstalt erworben werden könne, festzusetzen sei.

Der Rekurs scheint indessen in keiner Beziehung als begründet.

3. Was vorerst das behauptete Mitverschulden des Klägers an dem in Frage stehenden Unfalle anbelangt, so will die Beklagte ein solches darin erblicken, daß Kläger das Offenstehen einer Wagenthüre des herannahenden Zuges entweder nicht bemerkt oder, wenn er es bemerkte, nicht rechtzeitig die bedrohte Hand zurückgezogen habe. Allein es liegt, wie in dem angefochtenen Urtheile mit zutreffenden Gründen ausgeführt wird, in dem Verhalten des Klägers ein Verschulden überall nicht. Zur Zeit der Verletzung hielt der Kläger zugestandenermaßen, seiner Dienstpflicht gemäß, die ihm anvertraute Weiche. Von dem Offenstehen einer Thüre konnte er vorher keine Kenntniß haben und auch diesen Umstand, ohne irgendwelche Vernachlässigung seiner Dienstpflicht, beim Herannahen des Zuges leicht übersehen; wenn er aber das Offenstehen der Thüre überhaupt bemerkte, so konnte er jedenfalls nicht mit Sicherheit berechnen, ob ihm dadurch Gefahr drohe. Auch dann übrigens, wenn er die Gefahr deutlich erkannt hätte und dennoch in der vorgeschriebenen Stellung als Weichenwärter verblieben wäre, um den Zug nicht der Gefahr des Entgleisens auszusetzen, so könnte ihm daraus zum Mindesten kein Vorwurf gemacht werden.

4. In Bezug auf Art und Maß der Entschädigung sind die Vorinstanzen davon ausgegangen, daß im vorliegenden Falle die Zuerkennung einer jährlichen Rente den Verhältnissen angemessener sei als die Zuerkennung einer Kapitalentschädigung, sowie daß durch den fraglichen Unfall die Erwerbsfähigkeit des Klägers mit Rücksicht darauf, daß dieser ausschließlich auf Handarbeit angewiesen und die rechte Hand infolge der erlittenen Verstümmelung nur noch in sehr beschränktem Maße zum Greifen und Festhalten von Gegenständen fähig ist, um annähernd ein Viertel geschmälert sei. Die Beklagte hat nicht darzuthun vermocht, daß in dieser thatsächlichen Feststellung eine unrichtige Anwendung des Gesetzes liege; dieselbe erscheint vielmehr als den Verhältnissen und dem vorliegenden Beweismaterial entsprechend.

5. Als erheblich und näherer Prüfung bedürftig erscheint einzig die Behauptung der Beklagten, daß die zuerkannte Rente

dem vom Kläger geforderten Kapitale nicht entspreche, bezw. daß die Vorinstanzen dadurch, daß sie dem Kläger eine höhere Rente zuerkannten, als der landesübliche Zins des geforderten Kapitals, eventuell die nach den Grundsätzen der Rentenanstalten demselben entsprechende Rente beträgt, den vom Kläger selbst gestellten Klageschluß überschritten haben. Auch diese Behauptung ist indeß unbegründet, denn der Kläger hat lediglich eine Kapitalabfindung von 5000 Fr. bezw. 4475 Fr., zahlbar zusammen oder in Raten, gefordert, während die Beklagte eventuell die Aussetzung einer Rente beantragte. In dem vom Kläger gestellten Antrage auf Zuerkennung einer Kapitalabfindung von bestimmter Höhe liegt nun keineswegs zugleich ein Antrag auf eventuelle Zuerkennung einer Rente von bestimmter, d. h. dem geforderten Kapitale, nach den Grundsätzen der Rentenanstalten oder gar nach dem landesüblichen Zinsfuße, entsprechender Höhe. Vielmehr ist es einleuchtend, daß die Forderung einer Kapitalabfindung von bestimmter Höhe einen Parteiantrag auf eventuelle Zuerkennung einer entsprechenden Rente keineswegs enthält und also der Fixirung der Rente keineswegs vorgreift. Denn der Kläger kann ja sehr wohl, weil er eine Kapitalabfindung überhaupt vorzieht, seine Forderung bezüglich einer solchen auf eine geringere Summe beschränken, ohne dadurch irgendwie auf Forderung einer verhältnißmäßig höhern, dem erlittenen Vermögensnachtheile vollständig entsprechenden Rente, für den Fall, daß die Entschädigung in dieser Form erfolgt, verzichten zu wollen. Es ist demgemäß, wenn der Kläger ein bestimmtes Abfindungskapital gefordert hat, das Gericht dagegen die Zuerkennung einer Rente als den Verhältnissen entsprechender erachtet, das geforderte Kapital für die Feststellung der Rente keineswegs schlechthin maßgebend, sondern es ist letztere, gemäß Art. 11 des Bundesgesetzes vom 1. Juni 1875, vom Gerichte in Würdigung aller Umstände nach freiem Ermessen festzusetzen. Demgemäß kann davon, daß durch die Vorinstanzen über den Klageschluß hinaus erkannt worden sei, nicht gesprochen werden. Dazu kommt noch, daß das angefochtene Urtheil der Appellationskammer der Beklagten die Wahl vorbehalten hat, entweder die Rente zu bezahlen, oder sich durch Ausbezahlung des vom Kläger ge-

forderten Kapitals von jeder weitern Verpflichtung zu befreien, woraus von selbst folgt, daß die Beklagte zu keiner höhern als der vom Kläger beantragten Leistung verurtheilt worden ist.

6. Der erst heute gestellte Antrag des Klägers auf Abänderung des letztinstanzlichen kantonalen Urtheils in Beziehung auf den Kostenpunkt erscheint zwar mit Rücksicht darauf, daß die Gemeinschaftlichkeit des Rechtsmittels nach zürcherischem wie nach gemeinem Prozeßrechte anerkannt und durch die eidgenössische Gesetzgebung nicht ausgeschlossen ist, als zulässig (vergl. Entscheidungen II S. 166); er ist aber materiell unbegründet, da der Kläger allerdings einen Theil der erstinstanzlichen Kosten durch übertriebene Forderungen für Verpflegungs- und Heilungskosten, wodurch eine besondere Expertise nöthig wurde, verursacht hat.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Das Urtheil der Appellationskammer des Kantons Zürich vom 27. Januar 1880 wird in allen Theilen bestätigt.

V. Civilstreitigkeiten zwischen Kantonen einerseits und Privaten oder Korporationen anderseits.

Différends de droit civil entre des cantons d'une part et des corporations ou des particuliers d'autre part.

31. *Sentenza del 20 febbraio 1880, nella causa Borelli c. Ticino.*

A. Il giorno 28 maggio 1878, venivano arrestati e tradotti al penitenziere di Lugano, Pietro e Luigi, padre e figlio, Borelli, sotto l'imputazione di furto commesso il giorno prima nella bottega di certo Pietro Borla, in Camignolo.

B. Dopo quattro mesi di prigionia preventiva, e precisamente addì 30 settembre 1878, il Giurì riconosceva la loro innocenza e rimandavali assolti.

C. Nel frattempo, la Municipalità del comune di Medeglia domandava ed otteneva dal Consiglio di Stato la emanazione di un Decreto (22 luglio 1878), col quale Pietro Borelli veniva dichiarato « sospeso, fino allo scioglimento del processo costrutto in di lui odio, dalle funzioni di maestro della scuola elementare minore maschile di Medeglia, » ch'egli rivestiva fin dall'anno 1875, in forza di regolare contratto, duraturo per quattro anni, e si autorizzava essa Municipalità « ad aprire il concorso per la nomina provvisoria, limitata ad un solo anno, di un altro maestro. »

D. Forte di questa Risoluzione, la Municipalità di Medeglia apriva difatti il concorso e nominava poco dopo, in sostituzione del titolare Borelli, il signor Angelo Rossini alla direzione della sua scuola elementare maschile.

E. Ritornato alla libertà e saputo quanto sopra, il Borelli domandava, con istanza 6 novembre 1878, al Consiglio di Stato che fosse ordinato alla Municipalità di Medeglia « di ripristinarlo nella carica di maestro di quel comune fino a compimento del quadriennio di sua nomina, e, « subordinatamente, a pagargli, a titolo d'indennizzo, la somma di franchi 500, quale onorario ch'egli doveva percepire come » maestro di Medeglia per l'anno scolastico 1878-1879. »

F. In data 21 agosto 1879 egli riceveva dal Dipartimento di pubblica educazione un officio 25 novembre 1878, mediante il quale, previa esposizione delle circostanze e delle misure state prese a riguardo suo, di comune accordo fra la Municipalità di Medeglia e le superiori autorità cantonali, gli veniva significato « non potersi far luogo all'anzidetta sua domanda. »

G. Con suo Petitorio 10 settembre ultimo scorso, Borelli si rivolgeva allora a questa Corte, formulando la conclusione seguente:

« *ritenuto* che il Consiglio di Stato del Ticino mediante la violazione dei dispositivi della Legge scolastica 10 dicembre

1864 (art. 190 e 202), ha autorizzato la illegale destituzione del ricorrente dalla carica di maestro comunale di Medeglia;

» *ritenuto* indiscutibile nello Stato l'obbligo d'indennizzare i danni che la pubblica amministrazione ha arrecato ai cittadini;

» *ritenuto* che per effetto della illegale destituzione è avvenuto al ricorrente un danno enorme specialmente per la considerazione, che, per la mancanza di una mano e di un occhio, il ricorrente si è trovato nell'impossibilità di provvedere con altra occupazione al sostentamento della famiglia;

» *considerata* la difficoltà di poter trovare anche in avvenire un posto di maestro, stante il numero esorbitante di concorrenti per ogni posto vacante, e considerata eziandio la impossibilità di trovare altre occupazioni anche poco rimuneratrici in paesi di campagna privi di risorse;

» *considerato* altresì che per le accennate imperfezioni fisiche del ricorrente le medesime difficoltà esisterebbero anche quando il ricorrente dovesse emigrare in cerca di pane,

» si domanda che il Tribunale federale abbia a decretare:

» 1° Lo Stato del Cantone Ticino è condannato a pagare al maestro Pietro Borelli, di Camignolo, la somma di franchi quattro mila, a titolo d'indennizzo dei gravi danni che al medesimo sono risultati in seguito alla sua destituzione da maestro di Medeglia.

» 2° Lo Stato del Ticino è condannato nelle spese del giudizio e relative. »

H. Nel suo allegato responsivo del 13 successivo ottobre, il Consiglio di Stato proponeva, « piacesse a questa Corte di respingere l'Istanza Borelli e condannare quest'ultimo nelle spese tutte di giudizio e ripetibili, » e riassumeva a tale effetto le sue eccezioni nelle seguenti: « La Municipalità di Medeglia, dopo avere per due mesi aspettato l'esito del processo, non poteva nè doveva, a termine di Legge, tardare a provvedere di un docente la propria scuola; prima di publicare il concorso essa ha ottenuto dal Consiglio di Stato formale sospensione del Borelli dall'ufficio di maestro; la Legge scolastica 10 dicembre 1864 non concede siano fatte nomine

provvisorie, se non nei casi previsti dall'art. 183 della medesima, per il che, non ostante il desiderio espresso dal Consiglio di Stato, che la nomina dovesse essere provvisoria, niun docente avrebbe potuto essere obbligato ad accettare tale condizione, e il signor Rossini, che ha sostituito il Borelli, fu difatti nominato per un quadriennio; prima di procedere alla sospensione, il Consiglio di Stato, in applicazione dell'art. 202 della citata Legge, ha sentito l'Ispettore di Circondario, e al di lui mezzo, la Municipalità di Medeglia, e, se non ha creduto interpellare il Borelli, gli è che questi trovavasi in carcere, e altronde *unicamente per il trovarsi egli in carcere*, e per non presentare egli alcuna certezza di potere in tempo riprendere il suo officio, si doveva procedere alla di lui sospensione; in tutto ciò, e la Municipalità di Medeglia e il Consiglio di Stato hanno proceduto nel modo il più conforme a quanto prescrive la Legge, pur tenuto calcolo delle circostanze in cui queste Autorità si sono trovate; non è quindi nemmeno il caso di discutere sulla enorme cifra di danaro che il Borelli domanda allo Stato del Ticino. »

I. A conforto delle sue conclusioni l'attore Borelli rileva, fra altro, che il modo di procedere usato dalle autorità scolastiche ticinesi a di lui danno non è solamente contrario alla Legge, ma anche alla pratica, poichè in un caso identico fu giudicato in senso diametralmente opposto. « Or fa qualque tempo, egli espone, un maestro ticinese (certo Domeniconi) venne arrestato e posto in istato d'accusa per falso in atto pubblico; durante la prigionia, dovendosi provvedere la relativa scuola di un docente, la Municipalità procedette alla nomina di un nuovo maestro in sostituzione del primo; questi fece valere le sue ragioni, e la Municipalità fu condannata al risarcimento dei danni, nonostante che il querelante *non fosse stato ancora giudicato* del delitto imputatogli e si trovasse, non completamente prosciolto da ogni accusa, ma semplicemente in libertà provvisoria. »

L. A questo argomento il Consiglio di Stato oppone che « fra la condizione giuridica dell'attuale attore e quella del maestro a cui è fatta allusione corrono delle differenze sostan-

ziali, avvegnachè la ragione principale per cui dichiaravasi allora (nel 1877) fondato in parte il ricorso Domeniconi consistesse nello avere il Consorzio scolastico della località in querela aperto il concorso per un maestro nuovo ed essersi poi ancora passato a nuova nomina, senza prima ottenere la sospensione o la destituzione del maestro antico; ciò che per contro si è categoricamente avverato nel presente caso. »

M. Le successive memorie di Replica e Duplica si limitano a ripetere le proposte conclusioni di cui sopra, dando alquanto maggior sviluppo alle argomentazioni di fatto e di diritto che loro servono di base e giustificazione.

N. Con loro telegrammi in data del 13 corrente febbraio amendue le Parti dichiarano di rinunciare al dibattimento orale e rimettersi senz'altro agli Atti ed Allegati da loro già inoltrati.

Premesse in diritto le seguenti considerazioni:

1° Come risulta dagli atti ed è dalla stessa parte convenuta esplicitamente riconosciuto, Pietro Borelli era stato nominato nel 1875, in forza di regolare contratto ed in applicazione della Legge scolastica ticinese 10 dicembre 1864 (art. 190), alle funzioni di maestro della scuola di Medeglia, per una durata di quattro anni. Al momento in cui, siccome prevenuto, veniva tradotto al penitenziere, era appena scaduto il terzo anno di sua nomina; Borelli aveva quindi in principio diritto a continuare nelle sue funzioni fino al maggio del 1879, o quanto meno (siccome è detto nei giudizii 21 giugno 1878 di questa Corte concernenti le cause dei Professori Polari, Bernardazzi e Lite-Consorti contro il Governo ticinese) a percepire l'onorario corrispondente all'anno di scuola, che tuttor rimaneva a compimento del suo quadriennio. Essendo stato distratto dall'esercizio di questo diritto, vi ha luogo ad esaminare se lo sia stato a giusto titolo.

2° L'art. 202 della succitata Legge scolastica ticinese è così concepito: « Tanto i maestri delle scuole minori, quanto i » professori delle scuole secondarie e superiori potranno es- » sere sospesi o revocati *per demeriti* con apposito decreto

» motivato del Consiglio di Stato, sentiti prima la Municipa-
» lità e l'Ispettore, il Direttore dell'istituto, le difese dell'ac-
» cusato e dietro preavviso del Dipartimento. »

Astrazion fatta dalla considerazione che la querelata risoluzione del Consiglio di Stato, cui mediante il Borelli fu sospeso dalle sue funzioni, non ha tenuto calcolo del requisito legale che risguarda l'audizione dell'accusato, l'invocazione di questo articolo non regge, avvegnaché la sospensione dell'attore non sia stata pronunciata « per demeriti » del medesimo, ma sibbene ed unicamente per la ragione che, « trovandosi il
» Borelli tuttora in prigione e non potendosi prevedere l'esito
» del processo, la Municipalità di Medeglia aveva espresso il
» timore che potesse giungere il momento della riapertura
» della scuola senza che quella del suo comune fosse prov-
» veduta, e si doveva quindi metterla in situazione da non
» trovarsi poi nell'imbarazzo. »

Ora questa ragione non è punto prevista dal ridetto articolo 202; la Legge scolastica contiene anzi varie disposizioni concernenti i casi di vacanze straordinarie nel tempo stabilito per l'istruzione (art. 45), di urgenze e conseguenti abbreviazioni della durata dei concorsi (art. 172), di supplenze per malattie (art. 199); disposizioni, che avrebbero potuto essere in concreto validamente e a buon diritto applicate.

Merita parimenti di essere presa in considerazione la circostanza che la risoluzione governativa in discorso statuisce in modo espresso, essere il Borelli « *sospeso* dalle sue funzioni *sino allo scioglimento del processo* costrutto in di lui odio, » e che all'epoca in cui questo processo trovava nell'assoluzione del prevenuto il suo finale scioglimento, rimaneva tuttavia lo spazio di tempo di un mese, innanzi che la scuola di Medeglia toccasse al momento della consueta riapertura.

Per ciò che riguarda i loro vicendevoli rapporti, l'una e l'altra delle parti contraenti si trovavano quindi a fine settembre 1878 nella materiale possibilità di soddisfare agli obblighi scatenti dal contratto. Quella tra esse che venne meno a questi obblighi deve all'altra il risarcimento dei danni che il fatto suo ha cagionati.

3° Rimarrebbe a sapere chi sia tenuto in concreto a questo risarcimento, se cioè la Municipalità o rispettivamente il comune di Medeglia, con cui Borelli ha stipulato il contratto, che sta a base delle sue domande, oppure le superiori autorità cantonali, che hanno confermato ed approvato il procedere di essa Municipalità, e quindi lo Stato; ma oltrechè tale quistione non fu dalla parte convenuta comechessia sollevata, si eruisce altresì dagli Allegati del Governo, in modo abbastanza chiaro e manifesto, che facendo suo proprio l'operato dell'autorità comunale, contro cui è rivolto il Petitorio, egli ne assume senz'altro la risponsabilità.

4° Quanto alla misura del danno da risarcire, il Tribunale federale, applicando anche in questa controversia i relativi principii sanzionati nelle cause analoghe già mentovate più sopra e giudicate con sentenza 21, 22 giugno 1878, reputa equo e conforme alle circostanze di fissarla nella cifra corrispondente allo stipendio dell'anno scolastico che mancò al compimento del periodo di nomina al quale Borelli aveva diritto; stipendio che appare dagli Atti essere stato di franchi cinquecento annui.

5° L'esagerazione delle pretese accampate dall'attore giustifica, a sensi dall'art. 24 della vigente Legge di procedura civile federale, una proporzionata ripartizione delle spese giudiziarie e repetibili.

Per tutti questi motivi,

Il Tribunale federale

pronuncia :

Lo Stato del Cantone Ticino pagherà al signor Pietro Borelli in Camignolo, a titolo d'indennizzo per la sua rimozione dalla carica di maestro di detta scuola elementare minore maschile di Medeglia, innanzi la scadenza del periodo quadriennale di sua nomina,

un anno di onorario, ossia la somma di *Franchi cinquecento* (fr. 500), coi relativi interessi nella misura del cinque per cento all'anno, a partire dal 1° novembre 1878.

Lausanne. — Imp. Georges Bridel.

A. STAATSRECHTLICHE ENTSCHEIDUNGEN
ARRÊTS DE DROIT PUBLIC

Erster Abschnitt. — Première section.

Bundesverfassung. — Constitution fédérale.

I. Rechtsverweigerung. — Déni de justice.

32. Arrêt du 18 Juin 1880 dans la cause Simen et Mariotta.

Dans le journal le *Tempo*, publié à Locarno, a paru sous date du 10 Juin 1876, un article intitulé « Scandali et falsificazioni, » signalant dans les registres électoraux de plusieurs communes tessinoises de graves irrégularités et falsifications, consistant surtout en ce que plusieurs individus, notoirement absents du pays, y étaient indiqués frauduleusement comme votants lors de l'élection des membres du conseil national, le 31 Octobre 1875. Selon cet article, la preuve de la fraude prétendue résulterait de la comparaison des registres électoraux avec les rôles des individus astreints au service militaire, attendu que ces rôles, dressés en Août de la même année portent comme absents, et même au delà des mers, un certain nombre de citoyens qui ont été maintenus sur les registres de vote. L'auteur de l'article dénonce ces falsifications au juge d'instruction, en l'engageant à sévir énergiquement contre les auteurs d'actes dénotant une corruption politique évidente et l'immoralité la plus effrontée.

Sous date du 22 Juin au 9 Juillet 1876, les autorités communales de Colla, Villa, Canobbio, Vaglio, Insono, Brè et Bogno, s'estimant diffamées par l'article en question, portent plainte au juge d'instruction contre le journal le *Tempo*.

Par lettre adressée le 31 Juillet à ce magistrat, Domenico Mariotta d'Orselina, imprimeur du *Tempo*, requiert que les procès-verbaux et les rôles militaires en question, soient réclamés de Berne, afin que la preuve des affirmations contenues dans l'article incriminé puisse être apportée; il requiert en outre l'autorisation d'ouvrir une enquête sur les faits allégués dans le dit article, à moins que l'autorité fédérale ne préfère procéder directement.

Au cours de l'enquête ouverte contre le prédit Mariotta et contre Rinaldo Simen, de Bellinzone, éditeur responsable du journal, ce dernier déclare, sous date du 16 Août 1876, que la direction du *Tempo* prend provisoirement sur elle la responsabilité de l'article dont il s'agit. Simen renouvelle en outre la demande tendant à ce qu'on fasse venir de Berne les procès-verbaux relatifs au vote du peuple tessinois le 31 Octobre 1875 et à ce qu'on réclame du gouvernement cantonal les rôles militaires de cette même année, afin de pouvoir procéder aux comparaisons de nature à établir l'exactitude des affirmations contenues dans l'article du 10 Juin.

Statuant le 17 Août 1876, le juge d'instruction passe outre sur la réquisition ci-dessus et préavise pour la mise en accusation de Simen et Mariotta devant le tribunal correctionnel de Locarno, comme prévenus des délits prévus et réprimés aux art. 9 § 2 de la loi du 13 Juin 1834 sur la presse, rapproché des dispositions du code pénal sur la matière, 32 et 44 du code de procédure pénale.

A l'appui de cette décision, le juge invoque entre autres les motifs suivants :

Il s'agit ici d'un délit de presse, relevant des tribunaux cantonaux. Le mode de procéder des municipalités plaignantes est justifié par les procès-verbaux du vote du 31 Octobre, reconnus et admis par les dénoncés eux-mêmes. Or à teneur de l'article 170 du code de procédure pénale, on ne

saurait admettre aucune preuve contre de tels documents, qui ne peuvent être attaqués qu'au moyen d'une inscription de faux. Les rôles militaires de 1875 ont été dressés à une époque de l'année différente de celle de l'élection, et ne peuvent, eu égard aux circonstances exceptionnelles de l'émigration dans le canton de Tessin, être invoqués comme moyens de preuve. Les municipalités accusées de faux par acte public ont le droit, pour repousser l'accusation, de s'en tenir à la preuve fournie en leur faveur par les procès-verbaux de vote.

Par arrêt du 17 Octobre 1876, la chambre d'accusation du Tessin renvoie Simen et Mariotta devant le tribunal correctionnel du district de Locarno, comme prévenus de diffamation et de publication de libelle diffamatoire au préjudice des municipalités susmentionnées.

A l'audience du tribunal correctionnel du 9 Octobre 1878, l'avocat Mordasini, défenseur des accusés, enquiert la suspension des débats, afin qu'il soit procédé au préalable, et aux termes de l'art. 351 du code pénal, à une requête aux fins de prouver les faits dont l'articulation a servi de base à l'accusation dirigée contre les inculpés. Statuant, le tribunal écarte cette requête.

Le dit défenseur ayant, à la suite de cette décision déclaré abandonner la défense, les accusés requièrent à la même audience, son remplacement par l'avocat L. Ruchonnet à Lausanne. Prononçant sur cette nouvelle demande, le tribunal la rejette également, et désigne de nouveau l'avocat Mordasini en qualité de défenseur.

A l'audience du 10 Octobre suivant, ce défenseur conclut à ce qu'il plaise au tribunal procéder contre un nommé Pierre Caporgna, à Locarno, qui se dit auteur de l'article incriminé, et faire cesser en conséquence toute procédure contre Simen et Mariotta.

Par jugement incidentel du même jour, le tribunal correctionnel rejette également cette conclusion, attendu que les prévenus ont déclaré dans l'enquête accepter la responsabilité de l'article dont il s'agit, et requis d'être admis à faire la preuve des faits dénoncés par son auteur.

Statuant enfin sur le fond dans son audience du 12 Octobre 1878, le tribunal correctionnel, en application des art. 9 § 2, 12 et 19 de la loi sur la presse, 345 et 17 du code pénal, condamne 1° Simen comme coupable de diffamation à 3 jours de détention à domicile, à 20 fr. d'amende, aux frais et aux dommages-intérêts à la partie civile, et 2° Mariotta comme civilement responsable, au payement, solidairement avec Simen, des frais et indemnités ci-dessus.

Le même jugement refuse d'instruire contre le prénommé Caporgna, par le motif que si Simen avait l'intention de se décharger sur un tiers de l'accusation dont il est l'objet, il aurait dû le faire pendant l'enquête.

Par arrêt du 22 Avril 1879, rendu sur recours des condamnés, la Cour d'appel du Tessin confirme la sentence des premiers juges sur le fond, ainsi que les trois jugements incidentels qui l'ont précédée. Le dit arrêt s'appuie, entre autres, en ce qui concerne le rejet de la demande des accusés tendant à la suspension des débats en vue de l'enquête requise, sur les motifs ci-après :

Le droit de faire rouvrir l'enquête est exclusivement de la compétence de la Chambre d'accusation : c'est donc à cette dernière que les prévenus auraient dû s'adresser avant les débats en première instance. Les prévenus ont eu le temps suffisant pour réunir les preuves par eux entreprises, pour les transmettre à la Chambre d'accusation et lui demander d'être admis à prouver la vérité des faits par eux articulés. En présence de la disposition de la loi qui veut qu'une fois commencés les débats aient à continuer sans interruption, la requête des prévenus apparaît comme tardive et toutes les conséquences de leur inaction doivent demeurer à leur propre charge.

C'est contre cet arrêt que Simen et Mariotta ont recouru au Tribunal fédéral, concluant à ce qu'il lui plaise l'annuler avec tous les jugements incidents qui s'y rattachent.

A l'appui de cette conclusion, les recourants font valoir en substance ce qui suit :

a. A teneur de l'art. 26 § 2 de la loi tessinoise sur la

presse, le pouvoir politique de l'Etat seul pouvait introduire le procès sur la demande des municipalités offensées. Ne l'ayant point fait, c'est à tort qu'il a été suivi à l'instruction de la cause. L'autorité judiciaire a outrepassé les attributions que lui confère la loi.

b. L'art. 19 de la loi sur la presse dit que la responsabilité frappe en première ligne l'auteur de la publication imprimée, et ensuite seulement l'éditeur et l'imprimeur. Or le tribunal a refusé d'instruire contre l'auteur, qui s'est nommé, et a condamné Simen qui n'était ni l'auteur, ni l'éditeur, ni l'imprimeur de l'article incriminé.

c. Les recourants ont été entravés dans le choix de leur défenseur, par le refus, opposé par le tribunal, d'accepter M. l'avocat Ruchonnet en cette qualité.

d. La loi n'a pas défendu de rendre publics les faits et gestes délictueux des fonctionnaires publics. Elle protège ces derniers s'ils sont accusés à tort, mais elle laisse au journaliste le droit d'imprimer et de prouver la vérité. A teneur de l'art. 351 du Code pénal, les accusés devaient être admis à faire la preuve, par tous les moyens de la procédure pénale, des faits articulés dans l'article incriminé : le refus constant que les autorités judiciaires leur ont opposé à cet égard implique une atteinte portée à la liberté de la presse, en enlevant au journal le droit garanti par la loi de prouver la vérité des faits.

Dans leur réponse, les municipalités plaignantes concluent au rejet du recours, en faisant observer :

La demande de suspension produite par le tribunal correctionnel aurait dû, aux termes de l'art. 73 du C. P. P., être présentée par écrit 5 jours avant l'ouverture des débats. D'ailleurs la défense n'a indiqué aucun témoin aux fins d'établir la vérité des faits diffamatoires articulés par les prévenus.

Dans leur réplique et duplique les parties reprennent, avec de nouveaux développements leurs conclusions respectives.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

Sur les moyens énoncés sous lettres a b et c de l'exposé de faits ci-dessus :

Les griefs des recourants sous ces derniers chefs ont tous

trait à l'interprétation des lois pénales cantonales; ils n'impliquent aucune violation de droits constitutionnels garantis et échappent dès lors à la connaissance du tribunal fédéral.

Sur le quatrième moyen :

Ce moyen consiste à dire que le refus des autorités tessinoises, et en particulier des tribunaux de jugement, d'accorder aux recourants leur demande tendant à être mis au bénéfice de l'art. 351 du Code pénal, constitue un déni de justice et par suite, une violation de l'art. 55 de la constitution fédérale.

1° Ce grief apparaît comme fondé. En effet :

L'art. 11 de la constitution tessinoise, tout en consacrant le principe de la liberté de la presse, réserve expressément les dispositions légales destinées à en réprimer les abus.

Au nombre de ces dispositions qui, se rattachant à l'exercice d'un droit constitutionnel, ne peuvent être violées sans que ce droit lui-même subisse une atteinte, se trouvent celles de l'art. 351 du Code pénal.

Le premier alinéa de cet article statue que celui qui est accusé de diffamation, libelle ou injure, commise par imputation d'un crime et délit, ou d'un autre fait de nature à exposer l'offensé au mépris public, sera admis à prouver la vérité du crime ou délit, ou du fait.

L'alinéa 2 dispose que la preuve de la vérité des faits publiés ou reprochés peut se faire par tous les moyens de la procédure pénale.

L'alinéa 4 porte enfin : Si un procès est déjà pendant relativement aux faits publics ou reprochés, ou si un tel procès a été abandonné, le jugement pour diffamation ou injure sera suspendu, et le procès pendant ou abandonné sera continué ou repris; si la preuve de la vérité des faits articulés peut être faite, l'accusé sera libéré de toute peine, et dans le cas contraire condamné aux peines édictées par la loi.

Il résulte de ces textes que Simen et Mariotta, accusés de diffamation et libelle injurieux, avaient le droit incontestable de soulever l'exception de vérité des faits articulés et d'obtenir du tribunal les vérifications nécessitées par l'exercice de la preuve.

Ces vérifications leur ont été refusées, et c'est en vain qu'on cherche, dans les considérants de l'arrêt de la cour d'appel, la justification du jugement de première instance, qui écarte sans motif la requête des prévenus.

Le reproche de négligence que le dit arrêt leur adresse est sans fondement ; les accusés ont réclamé l'application de l'art. 351 susvisé, non seulement à l'ouverture des débats devant le tribunal correctionnel, mais déjà dès le début de l'enquête préliminaire, par lettre du 31 Juillet 1876 au juge d'instruction, puis par requête présentée le 16 Août suivant au même magistrat.

C'est en vain qu'il est ensuite reproché aux recourants d'avoir omis de recueillir les moyens de preuve qu'ils se proposaient de produire en vue de démontrer la vérité des faits allégués. Simen et Mariotta avaient déjà réclamé devant le juge d'instruction la production des procès-verbaux électoraux et celle des rôles militaires, et aucun acte du dossier ne constate qu'ils aient renoncé plus tard à cette demande. De plus, le tribunal n'ignorait pas qu'une enquête administrative sur les faits signalés pendant les opérations électorales avait été ordonnée par le conseil d'Etat, le 6 Juillet 1876, dans le but de provoquer auprès du Conseil fédéral, selon l'issue de cette enquête, une instruction pénale contre les coupables.

Dans cette position le Tribunal aurait dû, sur la requête des recourants, ordonner tout au moins la suspension du procès en diffamation jusqu'à la clôture définitive de l'enquête administrative ordonnée par le Conseil d'Etat, puisque la question de savoir s'il y avait lieu à ouverture d'une instruction pénale pour fraudes électorales dépendait précisément alors du résultat de cette enquête administrative. Ce mode de procéder s'imposait dans l'espèce avec d'autant plus de nécessité que ce n'était, en effet, qu'à partir du refus définitif de l'autorité compétente de suivre au pénal pour falsification des registres électoraux que les prévenus Simen et Mariotta pouvaient apprécier quels moyens de preuve ils devaient apporter en justice pour démontrer la vérité de leurs assertions.

La Cour d'appel estime en outre à tort que les recourants

auraient dû adresser leur requête à la Chambre d'accusation, avant l'ouverture des débats. Aucune disposition de la loi ne contraint un prévenu à formuler une semblable requête devant la Chambre d'accusation, et l'art. 351 § 4 du Code pénal implique que la demande de suspension du procès en diffamation puisse, à raison de l'enquête pénale prévue au dit article, être portée devant le tribunal de jugement.

Enfin, c'est sans plus de raison que, pour justifier le refus des premiers juges, l'arrêt d'appel s'appuie sur l'art. 73 C. P. P. statuant que les débats, une fois commencés, doivent continuer sans interruption.

Sans rechercher si cette disposition empruntée au chapitre consacré aux débats devant les assises doit trouver en tout cas son application dans la procédure devant les tribunaux correctionnels, il y a lieu de reconnaître que la requête des prévenus Simen et Mariotta ayant été présentée antérieurement au juge d'instruction, elle ne saurait être qualifiée de tardive.

2° Il ressort de tout ce qui précède que les jugements dont est recours ont, en violation d'une disposition concernant l'exercice d'un droit constitutionnel, frustré les accusés d'un bénéfice légal et porté atteinte aux droits de la défense dans un procès de presse. Ces jugements ne sauraient donc subsister, en présence des art. 4 et 55 de la constitution fédérale, rapprochés de l'art. 11 de la constitution tessinoise.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Les jugements tant incidentels qu'au fond rendus par le tribunal correctionnel de Locarno les 9, 10 et 12 Octobre 1878, ainsi que l'arrêt de la Cour d'appel du Tessin, condamnant Simen et Mariotta pour diffamation, soit libelle injurieux, sont déclarés nuls et de nul effet.

II. Gleichheit vor dem Gesetze.
Egalité devant la loi.

33. Urtheil vom 2. April 1880 in Sachen Jäggi.

A. Das Strafgesetzbuch des Kantons Solothurn enthält in § 16 und 17 folgende Bestimmungen:

„§ 16: Geldbuße ist nicht zulässig gegen Geltstager und unter Bevogtung gestellte Verschwender. Gegenüber diesen Personen hat der Richter, wenn im Gesetze Geld- oder Gefängnißstrafe angedroht ist, lediglich von letzterer Gebrauch zu machen, und wo das Gesetz nur Geldstrafe androht, statt derselben innert der Schranken des § 10 auf Gefängniß und zwar dermaßen, daß ein Tag Gefängniß einem Geldbetrage von zwei Franken gleichgerechnet wird, zu erkennen."

„§ 17: Kommen die im vorigen § gedachten Verhältnisse zu Tage, nachdem bereits auf Geldstrafe erkannt ist oder wird die erkannte Geldstrafe innert Monatsfrist von der Zahlungsaufforderung an nicht entrichtet, so kann der Regierungsrath die Geldstrafe nach obbenanntem Maßstabe in Gefängnißstrafe umwandeln.

„Der Vollziehungsbehörde bleibt unbenommen, die erkannte Geldstrafe, wenn sie solches für angemessen erachtet, zuerst auf dem gewöhnlichen Schuldbetreibungswege einzufordern und erst, wenn die Zahlung nicht erhältlich ist, Strafumwandlung zu verfügen.

„Dem zur Geldstrafe Verurtheilten steht auch nach der Umwandlung der Strafe die Befugniß zu, sich durch Erlegung des Strafgeldbetrages, soweit er durch die erstandene Gefängnißstrafe noch nicht getilgt ist, von der letztern frei zu machen."

Nach § 130 des solothurnischen Strafgesetzbuches sodann sind Ehrverletzungen mit Geldstrafe zu belegen. In Anwendung der citirten Gesetzesbestimmungen wurde nun der Rekurrent, welcher im März 1879 in Geltstag gefallen war, durch Urtheil des Obergerichts des Kantons Solothurn vom 15. Novbr. 1879 wegen Ehrverletzung begangen im September 1878 gegenüber

dem Landjägerwachtmeister Matter, unter Bezugnahme auf § 16 leg. cit. zu einer Gefängnißstrafe von vier Tagen verurtheilt.

B. Gegen dieses Urtheil hat A. Jäggi mittelst Rekursschrift vom 12. Dezember 1879 den Rekurs an das Bundesgericht ergriffen; er stellt den Antrag: es sei das obergerichtliche Urtheil vom 15. November 1879, soweit es die Gefängnißstrafe anbetreffe, als aufgehoben zu erklären. Zur Begründung führt er an: der § 16 des solothurnischen Strafgesetzbuches, welchen das Obergericht in seinem Urtheil zur Anwendung gebracht habe, verstoße gegen die im § 4 der Bundesverfassung enthaltene Gewährleistung der Gleichheit aller Schweizer vor dem Gesetze, indem er zwei Klassen von Menschen (Falliten und bevogtete Verschwender) unter ein ausnahmsweises Gesetz stelle. Diese Bestimmung sei auch im Hinblick auf diejenige des § 17 unnöthig und die Voraussetzung, von welcher sie ausgehe, daß jeder Geltstager eine ihm auferlegte Geldbuße entweder nicht zahlen wolle oder nicht zahlen könne, offenbar ungerechtfertigt. Das Obergericht des Kantons Solothurn, welches zur Vernehmlassung eingeladen wurde, bemerkte in seiner Eingabe vom 9. Januar 1880: Der angefochtene § 16 des solothurnischen Strafgesetzbuches sei auf verfassungsmäßigem Wege zu Stande gekommen und bestehe dermalen noch in Kraft; es könne also nicht in der Kompetenz des solothurnischen Richters liegen, von ihm Umgang zu nehmen, um so weniger, als das Bundesgericht selbst in einem Urtheile vom 28. September 1878 in Sachen Konrad Roth von Büßerach entschieden habe, der fragliche Gesetzesparagraph stehe mit keiner Bestimmung der kantonalen oder Bundesverfassung im Widerspruche. Bezüglich der rechtlichen Begründung dieser Ansicht wird einfach auf Erw. 2 des angeführten bundesgerichtlichen Urtheils verwiesen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Das in Art. 4 der Bundesverfassung niedergelegte Prinzip der Gleichheit aller Schweizer vor dem Gesetze ist als grundgesetzliche Norm sowohl für die verwaltende und richterliche, als auch für die gesetzgeberische Thätigkeit der Staatsbehörden maßgebend; es wird dadurch sowohl gleiche Anwendung der

Gesetze auf alle Bürger, wodurch denn die Befugniß der Bundesbehörden zum Einschreiten gegen Rechtsverweigerung und überhaupt gegen ungleichmäßige Handhabung der Gesetze durch kantonale Behörden begründet wird, als auch gleiche Behandlung der Bürger durch den Gesetzgeber gefordert. Bedeutung und Tragweite des Prinzips der Gleichheit vor dem Gesetze in letzterer Richtung nun bestimmt und beschränkt sich dadurch, daß dasselbe ein Postulat staatlicher Gerechtigkeit ist. Als solches ist dieser Grundsatz einerseits keineswegs auf das Verbot der in Art. 4, Abs. 2 speziell bezeichneten Vorrechte beschränkt, sondern ist er, wie auch aus der Entstehungsgeschichte des Artikels 4 (vergl. Blumer-Morel, Handbuch I, Seite 285 ff.) und aus der bisherigen bundesrechtlichen Praxis hervorgeht, als allgemeines, die gesammte Rechtsordnung beherrschendes Prinzip aufzufassen, aus welchem in Art. 4, Abs. 2 lediglich einzelne Folgerungen gezogen sind, andererseits dagegen liegt in demselben selbstverständlich nicht die, nicht nur unzweckmäßige, sondern auch ungerechte und völlig undurchführbare Anforderung, daß der Gesetzgeber alle Bürger ohne Unterschied schlechthin einer und derselben Rechtsregel unterstelle. Vielmehr ist ohne weiteres klar, daß, unbeschadet des Grundsatzes der Gleichheit vor dem Gesetze, die natürlichen Verschiedenheiten, welche zwischen den einzelnen Staatsangehörigen mit Rücksicht auf Alter, Geschlecht, Beruf und sonstige Lebensverhältnisse bestehen, auch in zahlreichen rechtlichen Verschiedenheiten zum Ausdrucke gelangen können und müssen, wie ja auch die Bundesverfassung selbst mannigfache Bestimmungen enthält, welche für verschiedene Klassen von Bürgern verschiedene Rechtsregeln theils aufstellen, theils voraussetzen oder zulassen. (Vergl. z. B. Art. 31, 34, 43, 45, 47, 59.) Nicht jede rechtliche Verschiedenheit ist also eine Ungleichheit vor dem Gesetze. Dagegen kann auch nicht daran festgehalten werden, daß der Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetze nur unter der Voraussetzung absolut gleicher faktischer Verhältnisse gelte. Denn, dahin ausgelegt, wäre derselbe gegenüber allen Ausnahmegesetzen, welche sich nicht auf bestimmte Individuen, sondern auf ganze Klassen von Bürgern beziehen, gänzlich illusorisch, da es natürlich an einem unterscheidenden

thatsächlichen Merkmale, vermöge dessen die durch ein Gesetz betroffene Klasse sich von den übrigen Bürgern unterscheidet, niemals fehlen kann, so daß denn, in schneidendem Widerspruche mit dem verfassungsmäßigen Prinzipe, die willkürlichsten Ausnahmegesetze zu Gunsten oder Ungunsten einzelner Personenklassen als zulässig betrachtet werden müßten. Das Prinzip der Gleichheit vor dem Gesetze fordert vielmehr gleiche Behandlung der Bürger nicht nur unter der Voraussetzung absolut gleicher thatsächlicher Verhältnisse, sondern es verlangt Gleichheit der Behandlung unter der Voraussetzung der Gleichheit aller erheblichen thatsächlichen Verhältnisse. Um eine Ungleichheit in der rechtlichen Behandlung der Bürger zu rechtfertigen, muß Verschiedenheit der Verhältnisse nicht in irgend welchen, sondern in solchen thatsächlichen Momenten vorliegen, welche nach anerkannten Grundsätzen der geltenden Rechts- und Staatsordnung für die Normirung gerade des bestimmten Rechtsgebietes, um welches es sich handelt, von Erheblichkeit sein können. Liegt eine Verschiedenheit in derartigen thatsächlichen Momenten nicht vor, so enthält eine ungleiche rechtliche Behandlung einzelner Bürger oder Bürgerklassen eine Abweichung von der Regel des Rechts, welche nicht auf objektive Gründe, sondern bloß auf willkürliche Satzung zurückgeführt werden kann und daher allerdings das verfassungsmäßige Prinzip der Gleichheit vor dem Gesetze verletzt. Daraus folgt einerseits: daß eine von der Regel abweichende Behandlung einzelner Personenklassen auf einem Rechtsgebiete als durchaus gerechtfertigt und mit dem verfassungsmäßigen Prinzipe vereinbar erscheinen, dagegen auf einem andern als absolut unzulässig und prinzipwidrig sich darstellen kann, andererseits: daß eine Verletzung der Gleichheit vor dem Gesetze nicht schon dann vorliegt, wenn ein Gesetz Rechtsverschiedenheiten von zweifelhaftem legislativem Werthe aufstellt oder festhält, sondern nur dann, wenn die fraglichen Rechtsverschiedenheiten an thatsächliche Verschiedenheiten geknüpft sind, welche nach feststehenden Rechtsgrundsätzen für die betreffende Rechtsfolge überall gar nicht in Betracht kommen können.

2. Wenn nun § 16 des soloth. Strafgesetzbuches vorschreibt,

daß gegenüber von Geltstagern in allen Fällen, in welchen das Gesetz alternativ oder ausschließlich Geldstrafe androhe, statt letzterer stets auf eine entsprechende Freiheitsstrafe zu erkennen sei, so belegt es wegen der gleichen Handlung die Geltstager mit einer anderen und zwar härteren Strafe als alle übrigen Bürger. Darin liegt nun allerdings eine Verletzung der Gleichheit vor dem Gesetze. Denn a) der Umstand, daß der Schuldige ein Geltstager ist, liegt, mit Bezug auf andere Delikte, als jenes des selbstverschuldeten Falliments, gänzlich außerhalb des strafrechtlichen Thatbestandes; er steht weder mit der objektiven noch mit der subjektiven Seite des Delikts in irgend welchem Zusammenhang, da dadurch offensichtlich weder die Schwere des Verschuldens noch der eingetretene rechtswidrige Erfolg irgendwie beeinflußt wird, b) die gesetzliche Substituirung einer Freiheitsstrafe für die Geldbuße kann auch nicht dadurch gerechtfertigt werden, daß die Buße gegenüber einem Geltstager wegen seiner notorischen Zahlungsunfähigkeit überhaupt nicht als geeignetes Strafübel betrachtet werden könne, denn dieser Grund ist, angesichts der auch vom soloth. Strafgesetzbuche (§ 17) anerkannten Möglichkeit der Umwandlung uneinbringlicher Geldbußen in Gefängniß offenbar hinfällig. Es steht demgemäß, wie keiner weitern Ausführung bedarf, mit feststehenden Grundsätzen des Strafrechts in Widerspruch, daß der Geltstager wegen der nämlichen That mit einer anderen und härteren Strafe bedroht wird, als jeder andere. Wenn an den Konkurs auf dem Gebiete des Privat- und Prozeßrechtes, sowie in Bezug auf die Ausübung politischer Rechte gewisse benachtheiligende Rechtsfolgen für den Konkursiten mit Grund geknüpft werden mögen, so kann dies dagegen für das Gebiet des Strafrechts nicht gelten, denn für die strafrechtliche Bedeutung einer That ist der Umstand, daß der Schuldige Konkursit ist, wie gezeigt, völlig gleichgültig. Da nun durch das angefochtene Urtheil der Rekurrent wegen einer im allgemeinen bloß mit Geldbuße bedrohten That, zu Gefängnißstrafe lediglich deßhalb verurtheilt worden ist, weil er Konkursit ist, so erscheint dasselbe als verfassungswidrig.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Der Rekurs wird als begründet erklärt und demnach das angefochtene Urtheil des Obergerichtes des Kantons Solothurn aufgehoben.

III. Doppelbesteuerung. — Double imposition.

34. *Arrêt du 18 Juin 1880 dans la cause Socchi.*

Par recours déposé à la poste le 19 Décembre 1879, le sieur Girolamo Socchi, de Stabio (Tessin), maître forgeron à Saint-Imier (Berne), expose en résumé ce qui suit:

Au commencement de 1879, le recourant a demandé à sa commune un acte d'origine en règle; celle-ci a satisfait à sa demande, mais en prenant sur lui en remboursement 13 fr. 50 cent., dont 7 fr. 50 cent. pour impôt municipal.

Socchi paye ses impôts à Saint-Imier, où il habite et exerce son métier; il proteste contre les prétentions de la commune de Stabio, de même que contre celles de l'Etat du Tessin, qui réclame également du recourant chaque année l'impôt cantonal.

Socchi conclut, fondé sur l'art. 59, litt. *a* de la loi sur l'organisation judiciaire, à ce qu'il plaise au Tribunal fédéral de mettre fin à un abus contraire aux dispositions de la Constitution fédérale en matière de double imposition. Il produit, en outre, à l'appui de ses conclusions, une déclaration de la Municipalité de Saint-Imier portant que « Monsieur Girolamo » Socchi, de Stabio, maréchal, habite cette localité depuis en» viron trois ans, et qu'il paye ses impositions dans cette com» mune d'une manière régulière. »

Le juge délégué à l'instruction de la cause fit observer au recourant que l'impôt de 1878 ayant été acquitté par lui, et que la décision dont il se plaint étant intervenue déjà en Avril 1879, le recours est sans objet et de plus tardif à teneur de l'art. 59 de la loi sur l'organisation judiciaire.

Par lettre du 1er Janvier 1880, Joseph Socchi, frère du recourant, l'a avisé que la commune de Stabio lui réclame l'impôt municipal pour 1879 se montant à 8 fr. 80 cent, sous menace de saisie en cas de non-payement.

Dans un nouveau recours en date du 15 Janvier 1880, Socchi conclut de rechef, par les mêmes considérations, à ce qu'il plaise au Tribunal fédéral dire et déclarer que le recourant ne doit pas d'impôt à la commune de Stabio.

Dans sa réponse, la commune de Stabio oppose d'abord une exception consistant à dire que Socchi n'a point porté sa réclamation devant les autorités cantonales tessinoises et qu'il ne saurait être autorisé à l'adresser directement au Tribunal fédéral.

Au fond, la commune conclut au rejet du recours ; l'article 46 de la Constitution fédérale porte que la législation fédérale statuera pour empêcher qu'un citoyen ne soit imposé à double ; or aucune loi fédérale sur la matière n'a été jusqu'ici promulguée. Socchi n'a pas déclaré aux autorités de sa commune d'origine qu'il avait l'intention de quitter cette localité; il doit d'ailleur payer les impôts communaux, sous peine de perdre ses droits de bourgeoisie.

Dans leur réplique et duplique, les parties reprennent, avec de nouveaux développements, leurs conclusions respectives.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

Sur la fin de non-recevoir opposée en réponse :

Le Tribunal fédéral n'a point, en matière de double imposition, interprété l'art. 59 de la loi sur l'organisation judiciaire fédérale dans le sens rigoureux d'obliger le contribuable à porter d'abord sa réclamation devant les autorités cantonales compétentes; il a estimé, au contraire, qu'il pouvait être interjeté recours directement au Tribunal fédéral dans le délai de soixante jours prévu à l'article susvisé, dès la communication de la décision de l'autorité cantonale réclamant l'impôt. Cette jurisprudence doit être maintenue dans l'intérêt de la garantie des droits constitutionnels des citoyens, et cela d'autant plus que dans l'espèce le recourant, domicilié à une distance considérable de son canton d'origine, était

défavorablement placé pour y poursuivre sa réclamation. Socchi ayant recouru au Tribunal fédéral dans le délai susdit contre le nouvel impôt exigé par la Commune de Stabio, il n'y a pas lieu de s'arrêter à l'exception soulevée.

Au fond :

Le Tribunal fédéral a constamment admis que bien que la loi prévue à l'art. 46 de la Constitution fédérale pour empêcher la double imposition d'un citoyen ne soit pas encore promulguée, il n'en est pas moins compétent pour intervenir dans les cas de double imposition manifeste prohibés jusqu'ici par la jurisprudence des autorités fédérales, à savoir lorsque le même impôt, frappant le même citoyen pour le même objet, est exigé pour la même période dans deux cantons différents.

(Voy. Recueil off. I, pag. 12, cause Becker; pag. 59 consid. 2, Ricono; III, pag. 24, Mœli ; IV, pag. 517, Schæffler ; V, pag. 5, Mallet, etc.)

Or on se trouve précisément, dans l'espèce, en présence d'un cas de ce genre, puisque d'une part, il est constant que le recourant paye les impôts communaux sur sa fortune et ses ressources à Saint-Imier, où il a son domicile civil et politique depuis plusieurs années, et que, d'autre part, la commune tessinoise de Stabio lui réclame les mêmes impôts, pour le même exercice. Conformément à une pratique constante, il y a donc lieu de reconnaître que le recourant ne peut être imposé qu'à son domicile, et de repousser la prétention élevée par la commune de Stabio.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est déclaré fondé, en ce sens que la commune de Stabio n'est point autorisée à percevoir de G. Socchi l'impôt communal pour 1879.

IV. Verfassungsmässiger Gerichtsstand. Unzulässigkeit von Ausnahmegerichten.
For naturel.
Inadmissibilité de tribunaux exceptionnels.

Siehe Nr. 45.

V. Gerichtsstand des Wohnortes.
For du domicile.

35. Urtheil vom 28. Mai 1880 in Sachen Hohl.

A. Johannes Hohl, Bürger von Wolfhalden, Kantons Appenzell Außerrhoden, wohnte während einer Reihe von Jahren in Herisau, wo er die Wirthschaft zur Ilge und im Fernern den Weinhandel betrieb. Am 24. Februar 1879 verkaufte Hohl das Heimwesen zur Ilge, wobei er sich indeß ein fakultatives Wohnungsrecht bis zum 1. Mai 1880 bezw. 1881 vorbehielt. Am 9./14. Juli 1879 sodann erwarb Rekurrent das Gut „Frohheim" in Rorschach, bei welchem Vertrage dem Veräußerer ein Wohnungsrecht von drei Monaten vorbehalten, dem Erwerber dagegen das Recht eingeräumt wurde, hierdurch ungehindert Bauten am Wohnhause vorzunehmen. Nachdem sodann Hohl am 7. November 1879 weitere Veräußerungsverträge über die übrigen, ihm gehörigen, in Herisau gelegenen Liegenschaften, sowie über sein dortiges Weinlager mit Ulrich Lenggenhager in Brunnadern, Kantons St. Gallen, abgeschlossen hatte, zog er am 8. November 1879 seine Ausweisschriften in Herisau zurück und bezog das Gut Frohheim bei Rorschach, in welch letzterer Gemeinde er am 10. November 1879 seine Ausweisschriften behufs Erwerbung der Niederlassung bei der Gemeinderathskanzlei deponirte. Die Familie des Hohl dagegen, seine Frau und eine mehrjährige Tochter, war mit dem größ-

ten Theile des Mobiliars noch in Herisau in seiner früheren Wohnung zurückgeblieben und siedelte erst Ende Januar 1880 nach Rorschach über. Am 19. November 1879 wurde dem Hohl durch Beschluß des dortigen Gemeinderathes die Niederlassungsbewilligung in Rorschach ertheilt.

B. Bevor indeß letzteres geschehen war, am 12. November 1879, ließ der Gemeinderath von Herisau dem Rekurrenten für eine Nachsteuerforderung von 4931 Fr. 30 Cts. in Herisau den Schätztag auf 21. November 1879 ankündigen. Gegen dieses Vorgehen des Gemeinderathes von Herisau rekurrirte Hohl an den Regierungsrath des Kantons Appenzell A.-Rh., indem er sich wesentlich auch darauf stützte, der Gerichtsstand für die fragliche Steuerforderung sei im Kanton St. Gallen, in Rorschach, seinem nunmehrigen Wohnorte, und nicht in Herisau begründet. Der Regierungsrath des Kantons Appenzell a/Rh. wies indeß durch Schlußnahme vom 22. Dezember 1879 diesen Rekurs als unbegründet ab, mit der Begründung, daß Hohl am Tage der Schatzungsanzeige seinen faktischen Wohnsitz noch in Herisau gehabt habe, wo seine Frau und Tochter noch gegenwärtig im alten Wohnhause wohnen, daß er erst am 19. November die Niederlassung in Rorschach erworben und überdem dorthin sich nur begeben habe, um in Appenzell a/Rh. der Vollziehung eines Kriminalurtheiles zu entgehen und daß endlich überhaupt Nachsteuerforderungen nicht nach dem Gesetze und durch das Gericht eines anderen Kantons zu beurtheilen seien.

C. Gegen diesen Entscheid ergriff Hohl den Rekurs an das Bundesgericht. In seiner Rekurseingabe d. d. 8. Januar 1880 führt er Folgendes aus: Es stehe bundesrechtlich fest, daß Steuerforderungen, sofern es sich nicht um Grundsteuern handle, persönliche Ansprachen im Sinne des Art. 59 Abs. 1 der Bundesverfassung seien und daher am Wohnorte des Schuldners eingeklagt werden müssen. Nun habe Rekurrent seit 8. November 1879 seinen faktischen Wohnsitz nicht mehr in Herisau, sondern in Rorschach gehabt, wo er von diesem Tage an ununterbrochen sich aufgehalten habe. Es erhelle im Ferneren seine Absicht, sein früheres Domizil in Herisau aufzugeben und sich

in Rorschach fest niederzulassen, unzweideutig aus den thatsächlichen Verhältnissen, der Veräußerung seiner Liegenschaften und seines Geschäftes in Herisau und dem Erwerb einer Liegenschaft in Rorschach, sowie insbesondere aus der Rückziehung seiner Ausweisschriften in Herisau und der Deposition derselben in Rorschach. Daß er am 12. November die Niederlassungsbewilligung in Rorschach noch nicht erhalten habe, sondern ihm diese erst am 19. November durch den Gemeinderath ertheilt worden, sei unerheblich, insbesondere weil die Ertheilung der Niederlassungsbewilligung angesichts der Vorschriften der Bundesverfassung eine reine Formsache gewesen sei. Ebensowenig könne darauf, daß seine Frau und Tochter einstweilen in Herisau zurückgeblieben seien, etwas ankommen. Denn sein Wohnsitz, d. h. der Wohnsitz des Familienhauptes, sei keineswegs von dem Aufenthalte der Familienglieder abhängig; überdem erkläre sich die Trennung von seiner Frau und Tochter sehr leicht; letztere sei mehrjährig und solle in Herisau eigene Ausweisschriften deponirt haben; gegen seine Frau sodann habe er im Sommer 1879 den Ehescheidungsprozeß eingeleitet, so daß diese ein Recht zum faktischen Getrenntleben gehabt habe. Was endlich die Behauptung anbelange, daß er nur deßhalb nach Rorschach übergesiedelt sei, um der Vollziehung eines im Kanton Appenzell a/Rh. gegen ihn ausgefällten Strafurtheils zu entgehen, so sei es allerdings richtig, daß am 9. Oktober 1879 ein solches Urtheil gegen ihn gefällt worden sei; allein er habe nicht deßhalb, sondern vielmehr der Steuerverhältnisse wegen seine Uebersiedelung nach Rorschach bewerkstelligt. Uebrigens würde der Umstand, daß er Herisau verlassen habe, um der Strafvollziehung zu entgehen, jedenfalls beweisen, daß er den Kanton Appenzell a/Rh. definitiv habe verlassen wollen. Aus diesen Gründen werde beantragt, das Bundesgericht wolle erkennen: der angefochtene Beschluß des Regierungsrathes des Kantons Appenzell a/Rh. d. d. 22. Dezember 1879 verletze den Art. 59 der Bundesverfassung und es sei daher dieser Beschluß aufgehoben.

D. In seiner Vernehmlassung hält der Regierungsrath des Kantons Appenzell a/Rh. im wesentlichen an der Begründung

seines angefochtenen Beschlusses fest, indem er hinzufügt: Es hätte dem Hohl wegen des gegen ihn ergangenen kriminalgerichtlichen Urtheils in Rorschach die Niederlassung verweigert werden dürfen; keinenfalls sei er daher vor der gemeinderäthlichen Ertheilung der Niederlassungsbewilligung als in Rorschach niedergelassen zu betrachten. Wenn man annehmen wolle, daß die Niederlassung des Rekurrenten in Herisau in Folge des am 8. November 1879 erfolgten Rückzuges seiner Ausweisschriften aufgehoben worden sei, so wäre er bis zum Erwerbe der Niederlassung in Rorschach als in seiner Heimatgemeinde Wolfhalden niedergelassen zu betrachten, also auch unter diesem Gesichtspunkte für die in Frage stehende Forderung dem appenzellischen Gerichtsstande unterworfen.

Der Gemeinderath von Herisau seinerseits bemerkt: Zur Zeit der Schätztaganzeige habe sich Rekurrent allerdings seit 4 Tagen in Rorschach befunden; allein in seiner Wohnung in Herisau sei keine Veränderung vorgegangen; sein Geschäftsverkehr sei damals von seiner Ehefrau besorgt und vermittelt worden, welche Postsendungen entgegengenommen habe und theilweise auch Briefe des Hohl zur Post gegeben habe; in Herisau habe sich das Mobiliar und Geschäftsinventar des Rekurrenten befunden. Er habe überhaupt damals noch keineswegs die Absicht gehabt, sein Domizil in Herisau sofort aufzugeben, wie sich daraus ergebe, daß er damals seinen Geschäftsfreunden seine Domizilsänderung nicht angezeigt habe, sondern dies erst durch ein Cirkular vom Januar 1880 geschehen sei, sowie im Ferneren daraus, daß er noch am 15. Oktober 1879, obschon, wie dem Rekurrenten sehr wohl bekannt, für die nächste Zeit eine Steuerschatzung nicht in Aussicht gestanden habe, um Steuerherabsetzung in Herisau eingekommen sei und daß er noch am 12. November geschrieben habe, er könne für einige Zeit wegen Krankheit nicht in Herisau eintreffen, welchen Ort er mithin als sein eigentliches Domizil betrachtet haben müsse. Der Erwerb einer Liegenschaft in Rorschach sei eine Spekulationssache gewesen; der Verkauf der Liegenschaften und des Weinlagers des Rekurrenten in Herisau erscheine, wie sich aus manchen Umständen ergebe, als ein bloßes Scheingeschäft. Der Grund

des Verbleibens seiner Frau in Herisau liege keineswegs in dem wieder fallen gelassenen Ehescheidungsprozesse, sondern darin, daß Rekurrent damals an einen Domizilwechsel nicht gedacht habe, wie sich schon daraus ergebe, daß seine Frau seinen Verkehr mit den Geschäftsfreunden in Herisau vermittelt habe. Sowohl der Regierungsrath des Kantons Appenzell a/Rh. als auch der Gemeinderath von Herisau tragen demnach auf Abweisung des Rekurses an.

E. In seiner Replik macht Rekurrent geltend: die Behauptung des Gemeinderaths von Herisau, daß die von ihm abgeschlossenen Veräußerungsverträge bloß simulirte gewesen seien, sei durchaus unrichtig und unbegründet; er habe vielmehr, als er Herisau verlassen, beabsichtigt, das Weingeschäft ganz aufzugeben und erst später habe er sich entschlossen, ein neues Geschäft zu gründen. Deshalb habe er auch seinen Wohnsitzwechsel erst im Januar 1880 den Geschäftsfreunden angezeigt; in dem diesbezüglichen Circular sei überdies ausdrücklich bemerkt, daß er seit November 1879 nach Rorschach übergesiedelt sei. Im Uebrigen wird darzuthun versucht, daß die gegnerischerseits aus den vorliegenden Thatsachen gezogenen Schlüsse unbegründet seien und werden die Anträge der Rekursschrift aufrecht erhalten.

Duplikando hält der Regierungsrath des Kantons Appenzell daran fest, daß zur Auslegung und Anwendung der appenzellischen Steuergesetze für diejenige Zeit, während welcher Hohl im Kanton Appenzell a/Rh. gewohnt habe, einzig die appenzellischen Gerichte zuständig seien; der Gemeinderath von Herisau seinerseits bestreitet von neuem, daß am 8. November 1879 bei Hohl die Absicht, sein Domizil zu verändern, vorhanden gewesen sei.

F. Eine vom Instruktionsrichter angeordnete Aktenvervollständigung ergab:

1. Die Tochter des Hohl war am 8. November 1879 mehrjährig; sie legte am 22. Dezember 1879 einen auf ihren Namen lautenden Heimathschein in Herisau freiwillig ein. Frau Hohl wurde in Herisau zur Deposition von Ausweisschriften nicht angehalten.

2. Laut Bescheinigung des Postbüreaus Herisau benachrich-

tigte Hohl das Büreau in keiner Weise von seiner Uebersiedelung nach Rorschach, so daß an seine Adresse eingegangene Postgegenstände jeder Art, nach- wie vorher, in Herisau in der Wohnung des Hohl abgegeben und dort von der Frau oder Tochter desselben in Empfang genommen wurden.

3. Gegen das kriminalgerichtliche Urtheil vom 9. Oktober 1879 hat Hohl die von ihm ergriffene Appellation an das Obergericht am 19. November 1879 wieder zurückgezogen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die von der Gemeinde Herisau gegen den Rekurrenten geltend gemachte Steuernachforderung muß ohne Zweifel als eine persönliche Ansprache im Sinne des Art. 59 Abs. 1 der Bundesverfassung betrachtet werden. Denn dieselbe bezieht sich keineswegs auf bestimmte, im Gemeindebanne Herisau gelegene Grundstücke, sondern auf das gesammte Vermögen des Rekurrenten. Derartige Steuerforderungen aber sind, wie die bundesrechtliche Praxis stets anerkannt hat (vergl. Ullmer, staatsrechtliche Praxis I S. 266, Blumer-Morel, Handbuch I S. 421), weil unmittelbar gegen die Person des Steuerpflichtigen gerichtet, rein persönlicher Natur.

2. Demgemäß muß es sich fragen, ob Rekurrent zur Zeit der Schatzungsanzeige sein Domizil in Herisau bereits, unter Erwerbung eines festen Wohnsitzes in Rorschach, aufgegeben hatte, oder ob dasselbe damals noch fortdauerte, so daß er in Herisau noch belangt werden konnte. Es sprechen nun überwiegende Gründe dafür, diese Frage in letzterem Sinne zu beantworten. Denn:

a) Wie zur Begründung des Domizils an einem bestimmten Orte nach allgemeinen Grundsätzen nicht nur der Wille, diesen Ort zum festen Aufenthalt und zum Mittelpunkt seiner Rechtsverhältnisse zu wählen, sondern auch die entsprechende That gehört, so genügt zur Aufhebung eines Wohnsitzes ebenfalls nicht der bloße Wille, das frühere Domizil aufzugeben, sondern es muß dieser Wille auch thatsächlich realisirt sein. Für Begründung und Aufhebung des Wohnsitzes ist demnach Erwerb und Aufgabe der polizeilichen Niederlassungsbewilligung an einem Orte keineswegs schlechthin entscheidend; es wird

zwar daraus regelmäßig die Absicht des Erwerbes oder der Aufhebung des Wohnsitzes gefolgert werden können, dagegen sind die fraglichen Momente weder die einzigen, aus welchen auf diese Absicht geschlossen werden kann, noch wird dadurch für sich allein die thatsächliche Realisirung derselben dargethan. (Vergl. Entsch. amtl. Sammlung I S. 154 IV S. 15 u. ff.)

b) Es mag nun zugegeben werden, daß Rekurrent, als er seine Ausweisschriften in Herisau zurückzog und dieselben in Rorschach behufs der Erwerbung der Niederlassungsbewilligung einlegte, allerdings die Absicht hatte, seinen Wohnsitz in Herisau aufzugeben und nach Rorschach überzusiedeln. Allein diese Absicht war zur Zeit der Schatzungsanzeige noch nicht realisirt. Zwar hielt sich Rekurrent persönlich damals seit einigen Tagen in Rorschach auf, allein sein Haushalt und der Mittelpunkt seiner Geschäftsthätigkeit befand sich noch in Herisau und wurde erst später, Ende Januar 1880, nach Rorschach verlegt. Dies ergibt sich daraus, daß seine Familie, mit welcher er bisher in gemeinschaftlicher Haushaltung gelebt und von welcher er sich, wie aus den Umständen klar erhellt, faktisch zu trennen nicht beabsichtigte, damals in Herisau die bisherige Haushaltung fortsetzte und daß von Herisau aus durch seine Familie der größte Theil seiner Korrespondenz vermittelt wurde. Die Uebersiedelung des Rekurrenten nach Rorschach war demnach zur Zeit der Schatzungsanzeige noch nicht vollzogen, sondern sie wurde erst vorbereitet, wie sich auch daraus ergibt, daß Rekurrent, nach seiner eigenen brieflichen Aeußerung vom 12. November 1879, damals noch, wenigstens vorübergehend, persönlich nach Herisau zurückzukehren beabsichtigte. Bei dieser Sachlage muß der frühere mehrjährige Wohnsitz des Rekurrenten in Herisau als zur Zeit der Schätztaganzeige noch fortdauernd betrachtet und demnach die Kompetenz der appenzellischen Behörden zur Entscheidung über die in Frage stehende Nachsteuerforderung als hergestellt betrachtet werden. (Vergl. Entscheidungen, amtl. Sammlung III S. 452 IV S. 221.)

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird als unbegründet abgewiesen.

36. Urtheil vom 26. April 1880 in Sachen Müller.

A. A. Müller von Gersau, Kantons Schwyz, war im Sommer 1879 in seinem Berufe als Baumeister im Kanton Appenzell J.-Rh., wo er den Bau der Kirche in Brüllisau übernommen hatte, thätig, und hatte dort, gemäß der appenzellischen Gesetzgebung, die Niederlassung erwerben müssen. Am 23. September 1879 nun ließ Franz Anton Rämpfler zur Krone in Brüllisau dem Müller für eine Forderung von 388 Fr. 19 Cts. ein Pfandbot anlegen, gegen welches Müller am 29. oder 30. gl. Mts. Rechtsvorschlag auswirkte, weil er dem Rämpfler nichts schulde. Am 2. Oktober kehrte Müller in seine Heimatgemeinde Gersau, Kantons Schwyz, zurück, woraufhin er auch die von ihm im Kanton Appenzell J.-Rh. eingelegten Ausweisschriften zurückverlangte, so daß diese ihm am 23. Dezember 1879 zurückgestellt wurden.

B. Der Präsident des Bezirksgerichtes des Kantons Appenzell J.-Rh. ließ nun den Müller wegen der bestrittenen Forderung des F. A. Rämpfler am 12. Februar 1880 zur Prozeßverhandlung auf 17. Februar gl. J. vor das dortige Bezirksgericht vorladen. Dieser Vorladung gab indeß Müller keine Folge, sondern sandte eine auf Art. 59 Abs. 1 der Bundesverfassung gestützte Protestation gegen dieselbe ein. Das Bezirksgericht erkannte aber diese Protestation nicht als begründet an und ließ daher am 18. Februar eine neue peremtorische Ladung auf 24. gl. Mts. an Müller ergehen.

C. Hierauf ergriff Müller den Rekurs an das Bundesgericht. In seiner Rekursschrift führt er aus: Er sei allerdings zur Zeit, als ihm F. A. Rämpfler das Pfandbot anlegen ließ, noch in Appenzell J.-Rh. niedergelassen gewesen; allein er habe lange vor der Mittheilung der gerichtlichen Ladung seine dortige Niederlassung aufgegeben und sei in seine Heimatgemeinde Gersau zurückgekehrt. Nach Art. 59 der Bundesverfassung müsse daher F. A. Rämpfler ihn an seinem nunmehrigen Wohnorte Gersau belangen. Denn die Anlegung des Pfandbotes im Kanton Appenzell J.-Rh. vermöge keinen Gerichtsstand zu begründen und auch in der Auswirkung eines Rechtsvorschlages gegen dasselbe

liege keine Anerkennung des appenzellischen Gerichtsstandes. Er stellt den Antrag: es sei das Bezirksgericht Innerrhoden vom Bundesgerichte als nicht kompetent zu erklären, über die von F. A. Rämpfler gegen ihn erhobene Forderungsklage einzutreten und es sei Rämpfler anzuweisen, ihn nach § 59 der Bundesverfassung für seine Forderung vor dem Richter des Wohnortes in Gersau, Kantons Schwyz, zu belangen.

D. In seiner Namens des F. A. Rämpfler eingereichten Vernehmlassung bemerkt das Bezirksgericht des Kantons Appenzell J.-Rh.: Es sei dem Rekurrenten zu einer Zeit gepfändet worden, wo er noch die Niederlassung im Kanton Appenzell J.-Rh. besessen habe. Dadurch nun, daß er gegen das Pfandbot beim Landammannamte des Kantons Appenzell J.-Rh. den Rechtsvorschlag ausgewirkt habe, habe Rekurrent den appenzellischen Gerichtsstand anerkannt, beziehungsweise die Sache, nach Mitgabe der maßgebenden appenzellischen Gesetzgebung (Art. 3 des Schuldentriebgesetzes) beim zuständigen appenzellischen Gerichte rechtshängig gemacht; er sei also verpflichtet, sich vor diesem Gerichte einzulassen. Demnach werde beantragt: Rekurrent sei mit seinem Rechtsbegehren abzuweisen und das Bezirksgericht in Appenzell als kompetent zu erklären, die Forderungsklage des F. A. Rämpfler gegen Baumeister Müller zu behandeln, resp. Müller als schuldig zu erklären, den appenzell-innerrhodischen Gerichtsstand anzuerkennen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Rekurrent wohnte zur Zeit der Anlegung des Pfandbotes unzweifelhaft faktisch im Kanton Appenzell J.-Rh. und besaß dort die Niederlassung. Es kann demgemäß nicht zweifelhaft sein, daß in diesem Zeitpunkte Rekurrent für die in Frage stehende Ansprache im Kanton Appenzell J.-Rh. belangt, d. h. daß dort gegen ihn der Rechtstrieb eingeleitet und gerichtliche Klage erhoben werden konnte. Dies wird denn auch vom Rekurrenten gar nicht bestritten; derselbe glaubt vielmehr lediglich deßhalb die Zuständigkeit der appenzellischen Gerichte bestreiten zu können, weil er seither und zwar noch vor der Mittheilung der gerichtlichen Ladung den Kanton Appenzell J.-Rh. verlassen und seine dortige Niederlassung aufgegeben hat.

2. Wenn nun aber der Art. 59 Abs. 1 der Bundesverfassung vorschreibt, daß der aufrechtstehende Schuldner für persönliche Ansprachen beim Richter seines Wohnortes gesucht werden müsse, so ist, wie die bundesrechtliche Praxis bereits mehrfach festgestellt hat (vergl. Blumer-Morel, Handbuch I S. 432; Entscheidungen des Bundesgerichtes, amtl. Sammlung III S. 447), das Domizil des Schuldners im Momente der Anhebung des Rechtsstreites und beziehungsweise des Rechtstriebes als maßgebend zu betrachten. Durch eine später stattfindende Aenderung des Domizils kann an der Zuständigkeit der Gerichte des frühern Wohnortes in Bezug auf dort bereits rechtlich geltend gemachte Forderungen nichts mehr geändert werden. Denn durch die Anhebung des Rechtstriebes wird ebenso wie durch die gerichtliche Einklagung einer Forderung ein Rechtsverfahren gegen den Schuldner eingeleitet, dessen Fortsetzung sich dieser nicht durch Aenderung seines Domizils willkürlich entziehen kann. Bestreitet der Schuldner die im Betreibungswege geltend gemachte Forderung, so daß der Gläubiger zu gerichtlicher Einklagung derselben genöthigt wird, so erscheint der Prozeß, sofern nicht ein Verzicht auf die angehobene Betreibung stattgefunden hat, oder dieselbe nach der maßgebenden kantonalen Gesetzgebung durch Zeitablauf kraftlos geworden ist, lediglich als eine Fortsetzung des angehobenen Rechtstriebes und es bleibt daher für den Rechtsstreit das Domizil des Schuldners zur Zeit der Einleitung der Betreibung maßgebend. Im vorliegenden Falle nun kann von einem Verzichte auf die angehobene Betreibung oder einem Kraftloswerden derselben durch Zeitablauf nicht die Rede sein und der Rekurrent ist daher verpflichtet, sich im Kanton Appenzell J.-Rh., wo er zur Zeit der Anhebung des Rechtstriebes unbestrittenermaßen Domizil hatte, ohne Rücksicht auf das spätere Aufgeben dieses Domizils auf den Prozeß einzulassen.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird als unbegründet abgewiesen.

---

37. *Arrêt du 29 Mai 1880 dans la cause Trouvot.*

Jean-Adolphe Fornachon, à Neuchâtel, est créancier de Jean-Joseph-Paul Trouvot et de sa femme Ida née l'Ecuyer, en vertu d'un titre exécutoire du 28 Novembre 1879, pour la somme de 14536 fr. 40 cent., formant le solde d'une créance hypothécaire en date du 4 Novembre 1876. Cette créance est garantie par une hypothèque en second rang sur une vigne, que les époux Trouvot ont hypothéquée en premier rang à un tiers pour garantie d'une somme de 7000 fr.

Le 16 Août 1879, Trouvot, qui était domicilié à Neuchâtel depuis le 20 Août 1873, a manifesté l'intention de le quitter en retirant ses papiers du Bureau de la police des étrangers, où ils étaient déposés.

Fornachon, apprenant que Trouvot se préparait à partir et avait annoncé une vente d'objets mobiliers pour le 3 Décembre 1879, a, par exploit du 2 dit, demandé d'urgence la faillite des époux Trouvot : cet exploit fut notifié à ceux-ci personnellement le même jour.

Il résulte d'une déclaration de la mairie de Baume-les-Dames (Doubs) du 6 du même mois, que Trouvot s'est fait inscrire sur les listes électorales, municipales et parlementaires de cette ville.

Le Tribunal civil de Neuchâtel, dans son jugement du 16 dit, ci-après mentionné, déclare que Trouvot a toutefois continué à habiter avec sa femme, ses enfants et sa belle-mère, Dame l'Ecuyer, le logement qu'il occupait depuis plusieurs années dans sa maison aux Sablons, ville de Neuchâtel, maison adjugée à Fornachon dès le 28 Novembre 1879, et que Trouvot a quitté ce logement le 9 Décembre seulement, soit postérieurement à l'ouverture de la demande.

Statuant sur la dite demande, le Tribunal du 1er arrondissement siégeant à Neuchâtel a, nonobstant l'opposition, soit déclinatoire, des époux Trouvot, déclaré leur faillite dans sa séance du 16 Décembre 1879, en application de l'art. 4 de la loi cantonale sur cette matière.

Par acte daté de Besançon le 20 Décembre, Trouvot a recouru contre cette sentence auprès de la Cour de cassation civile de Neuchâtel, qui l'a confirmée par arrêt du 22 Janvier 1880.

C'est contre ces deux jugements que Trouvot recourt au Tribunal fédéral. Il conclut à ce qu'il lui plaise les déclarer nuls et non avenus, comme rendus par un juge incompétent et en violation du traité du 15 Juin 1869 entre la Suisse et la France.

A l'appui de ces conclusions, le recourant fait valoir, en résumé, ce qui suit :

Trouvot a retiré ses papiers et ceux de sa famille à Neuchâtel le 16 Août 1879 et cessé d'y avoir un domicile dès cette date; d'autre part, il a pris domicile en France le 18 Août 1879 en se faisant inscrire sur les registres électoraux de Baume-les-Dames, sa ville natale; il a quitté alors Neuchâtel de sa personne et n'y est plus revenu que pour le règlement de compte de la créance Fornachon.

L'art. 1 du traité susvisé dispose que dans les contestations en matière mobilière et personnelle, civile ou de commerce, qui s'élèveront soit entre Suisses et Français, soit entre Français et Suisses, le demandeur sera tenu de poursuivre son action devant les juges naturels du défendeur.

La demande en faillite est une demande principale; or elle a été introduite à Neuchâtel le 2 Décembre 1879, alors que le défendeur n'y avait plus de domicile dès le 16 Août. Le Tribunal de Neuchâtel était dès lors incompétent pour s'en nantir et pour statuer.

Dans sa réponse, Fornachon conclut au rejet du recours; il insiste sur le fait qu'il ne suffit pas de retirer de la Municipalité les papiers de légitimation qui doivent y être déposés à teneur de la loi pour opérer un transfert de domicile, lequel n'a lieu que par le fait d'une habitation réelle dans un autre lieu, joint à l'intention d'y fixer son principal établissement.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

1° Les parties, ainsi que les Tribunaux neuchâtelois, admettent, avec raison, qu'aux termes du traité de 1869 entre

la Suisse et la France, et en particulier à teneur de ses articles 6 et 1, le domicile du débiteur est attributif de juridiction en matière d'ouverture de la faillite et de liquidation d'un établissement de commerce et que par conséquent est seul compétent le Tribunal dans le for duquel le débiteur a son domicile. Le sort du recours doit dès lors, dans l'espèce, dépendre de la question de savoir si le recourant Trouvot avait encore son domicile à Neuchâtel le 2 Décembre 1879, date à laquelle l'opposant au recours, Fornachon, a déposé sa demande de mise en faillite au Tribunal civil de Neuchâtel.

2° Il est établi que Trouvot était domicilié depuis 1873 à Neuchâtel, dans son propre immeuble, où il exerçait son industrie de monteur de boîtes. Le Tribunal fédéral, en conformité des principes du droit commun adoptés par le Code civil français (art. 102-109) et le Code civil de Neuchâtel (art. 53 et 54), a toujours admis qu'il ne suffit pas, pour opérer le changement du domicile, de la seule intention de le transporter dans un autre lieu, mais qu'il doit s'y ajouter le fait du transfert réel de l'établissement. Le recourant doit donc apporter la preuve qu'à la prédite date du 2 Décembre il avait réellement transféré son domicile hors de Neuchâtel, à Baume-les-Dames, par exemple. Or cette preuve fait absolument défaut dans l'espèce.

3° Il est vrai que la maison du recourant à Neuchâtel a été vendue aux enchères publiques par voie d'exécution forcée le 29 Septembre 1879; mais il résulte du dossier que la famille Trouvot, ensuite d'entente avec le créancier Fornachon, a continué à y demeurer jusqu'au 8 Décembre suivant, et que la notification de la demande de faillite y a été remise, le 2 dit, en mains du recourant lui-même. Il n'est donc point démontré que ce domicile ait été abandonné avant le 8 Décembre, et, d'autre part, il n'est pas prouvé que Trouvot ait jamais transporté, antérieurement à cette date, son établissement réel à Baume-les-Dames; il s'en suit que le recourant ne justifie ni de son intention de se domicilier dans cette dernière localité, ni d'aucun acte tendant à réaliser cette intention.

C'est en vain que Trouvot, pour établir qu'en Août 1879

déjà il aurait abandonné son domicile de Neuchâtel et l'aurait transféré à Baume-les-Dames, invoque : *a*) le fait d'avoir retiré ses papiers à Neuchâtel le 16 Août 1879 et *b*) celui de son inscription le 18 dit sur le registre électoral de Baume-les-Dames.

En effet, même en admettant l'exactitude de cette dernière date, laquelle ne résulte nullement des pièces produites, il ne s'en suit point que le recourant ait eu, du fait de cette inscription, son domicile civil dans le dit endroit; la législation française distingue au contraire expressément entre le domicile civil et le domicile politique, et Trouvot n'a point offert et encore moins apporté la preuve qu'il ait jamais possédé à Baume-les-Dames une habitation et résidence, ou un établissement quelconque. Il ressort en revanche du dossier que le recourant a séjourné, à partir du 16 Août, à Besançon, puis à Paris, dans le but comme il le dit lui-même, de chercher une position lucrative; ce n'est vraisemblablement qu'en attendant de l'avoir trouvée et de pouvoir s'établir définitivement ailleurs qu'il s'est fait inscrire à Baume-les-Dames, son lieu de naissance. En présence de la seule déclaration du recourant, qu'il avait l'intention de fixer son domicile à Baume-les-Dames, et en l'absence de tout acte de sa part corroborant ou réalisant cette intention, le recours doit être écarté, conformément à ce qui est dit aux considérants 1 et 2 ci-dessus.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est écarté comme mal fondé.

VI. Gerichtsstand der belegenen Sache.
For de la situation de la chose.

38. Urtheil vom 5. Juni 1880 in Sachen Graber.

A. Rekurrent, welcher in Dornach, Kantons Solothurn, niedergelassen ist, ist Eigenthümer einer in Birsfelden, Kantons

Baselland, gelegenen Liegenschaft mit darauf stehenden Hause, von welcher ein Theil an die Birs anstößt. In den Jahren 1873 und 1874 wurde nun die Birs im Gemeindebezirk Birsfelden, wo sie die Grenze zwischen den Kantonen Baselstadt und Basellandschaft bildet, von diesen Kantonen gemeinschaftlich korrigirt, wobei von Seiten des Kantons Basellandschaft in Beziehung auf die Vertheilung der Korrektionskosten u. s. w. das Gesetz über die Gewässer- und die Wasserbaupolizei vom 9. Juni 1856 und die darauf bezügliche Vollziehunsverordnung vom 9. Juni gl. J. zur Anwendung gebracht wurden. In Anwendung dieses Gesetzes wurde die Hälfte der Korrektionskosten auf die uferschutzpflichtigen Grundeigenthümer verlegt, von welcher Hälfte die Regierung von Baselland dem Rekurrenten, nach Verhältniß der Uferlänge seines Grundeigenthums, ein Kostenbetreffniß von 7818 Fr. 4 Cts. zuschied. Da indeß Rekurrent, ebenso wie zwei andere betheiligte Grundeigenthümer, Anerkennung und Bezahlung des ihm zugeschiedenen Kostenbetreffnisses verweigerte, so wurde zur Beurtheilung der Angelegenheit in Anwendung des § 19 des citirten Wasserbaupolizeigesetzes ein Schiedsgericht niedergesetzt. Rekurrent, welcher anfänglich die Niedersetzung des Schiedsgerichtes selbst verlangt und sich vor demselben eingelassen hatte, bestritt zwar nachträglich die Kompetenz desselben; das Schiedsgericht erklärte sich indeß durch Urtheil vom 25. November 1878 als kompetent nnd verurtheilte den Rekurrenten, dem Staate Baselland an Korrektionskosten den Betrag von 6815 Fr. 64 Cts., zahlbar in zehn halbjährlichen, unverzinslichen, mit 1. Juli 1879 beginnenden Terminen, sowie an die ergangenen Rechtskosten einen Betrag von 471 Fr. 10 Cts. zu bezahlen. Eine Weiterziehung beziehungsweise Anfechtung dieses Urtheils wurde zwar von den beklagten Grundeigenthümern angekündigt, aber nicht ausgeführt.

B. Zur Sicherung der vom Staate Baselland gemachten Vorschüsse an Korrektionskosten hatte dessen Staatskassaverwaltung bereits am 22. September 1874 gestützt auf § 46 des citirten Wasserbaupolizeigesetzes auf die Liegenschaft des Rekurrenten in Birsfelden in den Pfandprotokollen der Bezirksschreiberei Arlesheim ein Pfandrecht für eine unbestimmte Summe

eintragen lassen. Nach Ausfällung des schiedsgerichtlichen Urtheils wurde am 11. November 1879 dieses Pfandrecht für die Summe von 7287 Fr. 34 Cts., als den Betrag des auf den Rekurrenten entfallenden Kostenbetreffnisses, zuzüglich der ergangenen Rechtskosten, eingetragen.

C. Der Kanton Baselland trat hierauf die Forderung gegen den Rekurrenten der basellandschaftlichen Kantonalbank in Liestal ab, welche gegen denselben die Unterpfandsbetreibungsbewilligung für die erste verfallene Rate der Korrektionskosten und die Prozeßkosten im Gesammtbetrage von 1153 Fr. 26 Cts. beim Bezirksgerichte Arlesheim auswirkte. Als ihm diese Betreibung mit Bewilligung des Bezirksgerichtspräsidenten von Dorneck-Thierstein mitgetheilt wurde, erhob Rekurrent gegen dieselbe Widerspruch, indem er gegen das ihm gegenüber eingeschlagene Verfahren protestirte und erklärte, nichts anerkennen zu wollen. Nachdem vom Rekurrenten an das Obergericht des Kantons Solothurn sowie an den Regierungsrath dieses Kantons und das Obergericht des Kantons Baselland gerichtete Beschwerden erfolglos geblieben waren, und die basellandschaftliche Kantonalbank ihn durch Vorladung vom 2. März 1880 auf 23. gleichen Monats vor das Bezirksgericht Arlesheim zur Entscheidung über die Betreibungszuerkennung hatte laden lassen, ergriff Graber den Rekurs an das Bundesgericht.

D. In seiner Rekursschrift führt er im Wesentlichen aus: Die Pfandeintragung auf seine Liegenschaft in Arlesheim sei ohne seine Einwilligung ausgewirkt worden, offenbar lediglich in der Absicht, ihn seinem natürlichen Richter, d. h. dem Richter des Wohnortes zu entziehen, um ihn beim Gerichte der gelegenen Sache belangen zu können. Das beanspruchte Pfandrecht bestehe nämlich keineswegs zu Recht, denn § 46 des Wasserbaupolizeigesetzes, wonach dem Staate für seine Vorschüsse ein Spezialpfandrecht an den betreffenden Grundstücken zustehe, beziehe sich nur auf Vorschüsse für Wasserbauten, welche der Staat im Exekutionswege für den pflichtigen Ufereigenthümer habe ausführen lassen und keineswegs auf Korrektionen, wie die in Frage stehende. Durch die fragliche einseitig erwirkte Pfandeintragung habe sich daher der Staat Baselland ein Vorrecht angemaßt,

und die Art. 4 und 59 der Bundesverfassung, § 4, 5, 8, 23, 33 und 35 der Kantonalverfassung, sowie die § 236—242 der basellandschaftlichen Prozeßordnung vom 25. März 1867 verletzt. Ferner sei nach § 46 des Wasserpolizeigesetzes ein Pfandrecht jedenfalls nur in Betreff der uferschutzpflichtigen Liegenschaften begründet; nichtsdestoweniger habe der Kanton Baselland ein Pfandrecht auf seine ganze Liegenschaft eintragen lassen, obschon nur ein kleiner Theil derselben — 90—95 Ares zwischen dem Birsfluß und einem Damm — uferschutzpflichtig sei. Da die Pfandeintragung durchaus unrechtmäßig und in verfassungswidriger Weise ausgewirkt worden sei, so könne ihm nicht zugemuthet werden, die Befreiung seiner Liegenschaft von dem fraglichen Pfandrechte auf dem Wege des gewöhnlichen Civilprozesses zu betreiben. Dagegen müsse ihm Entschädigung für die verursachten Kosten, die er auf 200 Fr. veranschlage, werden. Die Kompetenz des Bundesgerichtes zur Entscheidung in dieser Sache sei nach Art. 27 Ziffer 4 und namentlich nach Art. 59 lit. a des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 27. Juni 1874 begründet. Rekurrent stellt die Anträge: 1. Die Pfand- resp. Hypothekareintragung zu Gunsten des Staates Basellandschaft resp. dessen Rechtsnachfolgerin, der Tit. basellandschaftlichen Kantonalbank in Liestal für 7287 Fr. 34 Cts. auf sein Haus und Land auf Birsfelden sei nichtig zu erklären und die Tit. Bezirksschreiberei Arlesheim sei anzuweisen, dieselbe in den betreffenden Pfandprotokollen zu löschen oder zu tilgen, eventuell: Die fragliche Pfand-, respektive Hypothekareintragung sei wenigstens soweit nichtig zu erklären und die Tit. Bezirksschreiberei Arlesheim sei anzuweisen, dieselbe in dem betreffenden Pfandprotokollen soweit zu löschen oder zu tilgen, als sie weiter reicht als auf die uferschutz- oder wasserbaupflichtig erklärten, zwischen dem Birsfluß und dem genannten Damme gelegenen 90 bis 95 Ares (2 $^1/_2$ bis 2 $^7/_{10}$ Juch.) Uferland. 2. Das basellandschaftliche hohe Obergericht und das Tit. Bezirksgericht Arlesheim seien anzuweisen, bezüglich der in Frage stehenden Forderung alle weiteren Betreibungen und gerichtlichen Verhandlungen einzustellen, bis über das beschriebene streitige Pfandrecht endgültig entschieden ist.

3. Der Staat Basellandschaft resp. dessen Rechtsnachfolgerin, die Tit. Basellandschaftliche Kantonalbank in Liestal, und Hr. Bezirksschreiber Scheidlin in Arlesheim seien solidarisch zu seinen Gunsten in eine Kostenentschädigung von 200 Fr. zu verfällen.

E. Vom Instruktionsrichter aufgefordert, sich bestimmt darüber auszusprechen, ob er beim Bundesgerichte eine gegen die basellandschaftliche Kantonalbank gerichtete Civilklage auf Aufhebung der fraglichen Pfandbestellung oder einen staatsrechtlichen Rekurs gegen die in Baselland gegen ihn zugelassene Betreibung und gerichtliche Vorladung anbringen wolle, erklärte Rekurrent vermittelst Eingabe vom 5. April 1880, daß er einen staatsrechtlichen Rekurs anbringen wolle und daß er demgemäß die in seiner Rekursschrift sub 1 gestellten Rechtsbegehren, unter Vorbehalt der civilgerichtlichen Geltendmachung fallen lasse, wogegen er das sub 2 gestellte Gesuch mit der Vervollständigung aufrecht erhält, daß auch dem Richter seines Wohnortes (Richteramt Dorneck-Thierstein) untersagt werden solle, in dieser Forderungssache weitere Bewilligungen zur Anlegung von Betreibungen, Vorladungen u. s. w. vorzunehmen und ebenso an dem Rechtsbegehren sub 3, soweit es gegenüber dem Kanton Baselland, beziehungsweise der basellandschaftlichen Kantonalbank gestellt ist, festhält.

F. In ihrer Vernehmlassung trägt die basellandschaftliche Kantonalbank auf Abweisung des Rekurses und Auflage eines Gerichtsgeldes an den Rekurrenten an, indem sie ausführt: Es handle sich im vorliegenden Falle um Realisirung eines Pfandrechtes bezw. um eine Streitigkeit über den Bestand eines Pfandrechtes, und hiefür sei nach anerkanntem Grundsatze das forum rei sitæ zuständig. Das Pfandrecht sei in vollkommen regelmäßiger Weise gemäß dem Gesetze und der konstanten Rechtspraxis erworben und die Forderung, für welche es begründet worden sei, beruhe auf einem rechtskräftigen Urtheile. Ueberhaupt habe es sich hier von Anfang an um eine auf ein Grundstück radizirte Forderung gehandelt, über welche nach konstanter bundesrechtlicher Praxis der Richter der belegenen Sache zu entscheiden habe. Der Rekurs qualifizire sich demnach als ein geradezu trölerhafter.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Nach den vom Rekurrenten in seiner Eingabe vom 5. April 1880 abgegebenen Erklärungen kann es sich für das Bundesgericht nur noch darum handeln, zu prüfen, ob in der Einleitung der Betreibung gegen den Rekurrenten im Kanton Baselland, beziehungsweise in der Ladung desselben vor die dortigen Gerichte eine Verletzung des Art. 59 Abs. 1 der Bundesverfassung liege. Diese Frage ist nun unbedingt zu verneinen. Denn die eingeleitete Betreibung bezweckt die Realisirung eines von der Gläubigerin in Anspruch genommenen Pfandrechtes, welches durch Eintragung in die Pfandprotokolle formell ordnungsmäßig erworben wurde, und ebenso bezweckt die Ladung des Rekurrenten vor das Bezirksgericht Arlesheim, einen gerichtlichen Entscheid über die Zulässigkeit dieser Pfandbetreibung bezw. die Existenz des behaupteten Pfandrechtes herbeizuführen. Zur Entscheidung von Streitigkeiten über die Existenz von Pfandrechten, sowie zu Realisirung von Pfandrechten sind aber, wie in der bundesrechtlichen Praxis durchaus feststeht und wie übrigens Rekurrent selbst in seiner Rekursschrift zugegeben hat, die Behörden des Orts der belegenen Sache kompetent. Von einer Verletzung des Art. 59 Abs. 1 der Bundesverfassung kann also, da es sich hier keineswegs um eine persönliche Ansprache handelt, keine Rede sein.

2. Uebrigens war die Forderung des Kantons Baselland gegenüber dem Rekurrenten auf Ersatz der verausgabten Flußkorrektionskosten von vornherein nicht als persönliche Ansprache im Sinne des Art. 59 Abs. 1 der Bundesverfassung zu betrachten. Denn diese Forderung war zweifellos eine gegen den Rekurrenten als Besitzer einer uferschutzpflichtigen Liegenschaft gerichtete Realforderung bezw. ein Ausfluß einer auf der Liegenschaft des Rekurrenten ruhenden öffentlich-rechtlichen Reallast. Derartige Ansprüche sind aber, wie die bundesrechtliche Praxis stets festgehalten hat (vergl. Blumer-Morel Handbuch I S. 419 und die dortigen Allegate), nach dem Gesetz und vom Richter der belegenen Sache zu beurtheilen.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs ist als unbegründet abgewiesen.

VII. Gerichtsstand in Konkurssachen.
Du for en matière de faillite.

39. Urtheil vom 11. Juni 1880 in Sachen Schmid.

A. Im Konkurse über die Firma August Lüthi und Komp. in Zofingen, welcher im Jahre 1877 ausgebrochen ist, hat Samuel C. Schmid in Adelboden-Wikon, Kantons Luzern, eine Forderung von 40 000 Fr. angemeldet, welche auf eine zwischen ihm und August Lüthi, mit Genehmigung des dritten Gesellschafters J. Oegger, am 15. Juli 1876 abgeschlossene Uebereinkunft sich gründet, wonach Schmid aus dem Geschäfte August Lüthi und Komp. als Gesellschafter austrat und für seine Einlage die Aversalsumme von 40 000 Fr. erhielt, resp. diese Summe ihm zugesichert wurde, wogegen August Lüthi das Geschäft in Soll und Haben übernahm. Diese Ansprache wurde vom Geltstagsabgeordneten in Klasse VI kollozirt. Gegen diese Kollokation trat der Gläubigerausschuß im Geltstage über August Lüthi beim Bezirksgerichte Zofingen mit einer Einsprache auf, deren Schluß dahin ging: Die angebliche Uebereinkunft vom 15. Juli 1876 sei als eine unstatthafte und daher rechtlich unwirksame Machenschaft zu erklären und daher die darauf gegründete Ansprache des S. C. Schmid aus dem Konkurse überhaupt, eventuell wenigstens aus dem Firmakonkurse auszuweisen unter Kostenfolge. Der Einspruchsbeklagte bestritt in erster Linie die Kompetenz des Bezirksgerichtes Zofingen, resp. des aargauischen Richters; für den Fall, daß schließlich durch den Entscheid des schweizerischen Bundesgerichtes die Kompetenz des aargauischen Richters festgestellt werden sollte, behielt er sich vor, auf Abweisung des Einspruches zu schließen und diesen Schluß näher zu begründen, indem er einstweilen jede Einlassung vor dem inkompetenten Richter verweigerte. Durch erstinstanzlichen Entscheid des Bezirksgerichtes Zofingen wurde die vom Einspruchsbeklagten aufgeworfene Einwendung der Inkompetenz des Gerichtes abgewiesen, dagegen die Einspruchsklage als unbegründet erklärt und die Forderung des Einspruchsbeklagten im Geltstage des August

Lüthi anerkannt unter Wettschlagung der Kosten zwischen den Parteien. Nachdem gegen dieses Erkenntniß beide Parteien den Rekurs an das Obergericht des Kantons Aargau ergriffen hatten, erkannte letzteres durch Urtheil vom 22. Januar 1880, im Wesentlichen darauf gestützt, daß das Uebereinkommen vom 15. Juli 1876 in der Absicht der Benachtheiligung der Geltstagsmasse abgeschlossen worden und daher nach Art. II der Novelle zur aargauischen Geltstagsordnung vom 10. März 1870 vom Gerichte aufzuheben, sowie daß die Kompetenz des aargauischen Konkursrichters unzweifelhaft begründet sei, dahin: Der klägerische Einspruch sei als begründet erklärt, der Vertrag vom 15. Juli 1876 demnach soweit aufgehoben, als er dem Rekursbeklagten S. C. Schmid die Möglichkeit einer Befriedigung vor und neben dem Einspruchskläger und übrigen Konkursgläubigern von August Lüthi und Komp., resp. August Lüthi eröffne, somit die Ansprache des Beklagten aus dem Geldstage gewiesen. Die Kosten habe der Einspruchsbeklagte S. C. Schmid dem Einspruchskläger mit 113 Fr. zu ersetzen.

B. Gegen diesen Entscheid ergriff S. C. Schmid den Rekurs an das Bundesgericht. Er führt aus: Der aargauische Richter sei zur Entscheidung in Sachen nicht kompetent. Dies folge aus der hierseitigen Entscheidung vom 8. März 1878 (Entscheidungen, amtl. Sammlung IV S. 22—27), welche als rechtskräftiges Urtheil fortwährend gehandhabt werden müsse. Wenn, wie geschehen, der Gläubigerausschuß im Geltstage des August Lüthi als Kläger gegen ihn auftreten wolle, so müsse er ihn beim Richter seines Wohnortes, im Kanton Luzern, belangen; der aargauische Richter sei nach Art. 59 Abs. 1 der Bundesverfassung zur Beurtheilung der gegen ihn, als Beklagten, gerichteten Klage auf Ungültigerklärung des Vertrages vom 15. Juli 1876 nicht kompetent, da es sich um ein rein persönliches Rechtsverhältniß handle. Demgemäß werde beantragt, das angefochtene Erkenntniß des aargauischen Obergerichtes vom 22. Januar 1880 sei aufzuheben und zwar unter gegnerischer Kostenfolge.

C. In seiner Rekursbeantwortung trägt Fürsprecher Leber in Zofingen, als Vertreter des Gläubigerausschusses im Geltstage der Firma August Lüthi und Komp., auf Abweisung des Re-

kurses an, indem er im Wesentlichen ausführt: Rekurrent mache gegenüber der Konkursmasse der Firma August Lüthi und Komp. eine positive Forderung geltend, bezw. er erhebe gegenüber der Konkursmasse der in Zofingen domizilirten Firma A. Lüthi nnd Komp. eine persönliche Ansprache und müsse sich daher in Beziehung auf dieselbe dem aargauischen Richter unterwerfen. Der Gläubigerausschuß erscheine nur formell als Kläger, während er sich in Wahrheit gegenüber der Forderung des Rekurrenten rein defensiv verhalte. Der Einspruch qualifizire sich nicht als eine Klage, sondern vielmehr als Rechtsmittel gegenüber der vom Geltstagsverordneten getroffenen Präliminar-Verfügung; nicht die sog. Einspruchskläger, sondern vielmehr der Rekurrent, welcher eine Anforderung gegenüber der Geltstagsmasse erhebe, erscheine daher materiell als Kläger. Von einer Verletzung des Art. 59 Abs. 1 der Bundesverfassung könne also in Beziehung auf das angefochtene Urtheil des aargauischen Obergerichtes nicht die Rede sein, und auch ein Widerspruch mit dem bundesgerichtlichen Urtheile vom 8. März 1878 liege nicht vor.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß der Richter des Ortes, wo ein Konkurs durchgeführt wird, zur Entscheidung über Existenz und Rang der zum Konkurse angemeldeten Forderungen, zum Zwecke der Feststellung derselben gegenüber der Konkursmasse und ihrer Befriedigung aus derselben kompetent ist. Dieser Grundsatz ist denn auch schon in der hierseitigen, die gleichen Parteien betreffenden Entscheidung vom 12. April 1879, Erw. 2 (Entsch. A. Samml. VI S. 158), ausdrücklich ausgesprochen und begründet worden. Demnach waren im vorliegenden Falle die aargauischen Gerichte zur Entscheidung unzweifelhaft kompetent. (Vergl. Ullmer, Staatsrechtl. Praxis Nr. 547 Erw. 1 u. 5; Bundesblatt 1866, II, S. 578.)

2. Von einer Verletzung des Art. 59 Abs. 1 der Bundesverfassung kann um so weniger die Rede sein, als dieser Verfassungsgrundsatz dem belangten Schuldner den Gerichtsstand seines Wohnortes für persönliche Ansprachen gewährleistet, vorliegend dagegen der Rekurrent als Gläubiger in dem im Kanton Aargau durchgeführten Konkurse der Firma A. Lüthi und Komp.

seinerseits mit einer Forderung aufgetreten ist, die Rekursbeklagten dagegen lediglich diese Forderung bestritten, also keineswegs den Rekurrenten als Schuldner für eine persönliche Ansprache ihrerseits belangt haben. Daß diese Bestreitung gemäß der aargauischen Geltstagsordnung in der Form einer sog. Einspruchsklage geschah, kann materiell an der Parteistellung nichts ändern. Irgend welche Analogie mit der durch das hierseitige Urtheil vom 8. März 1878 entschiedenen Frage liegt also offenbar nicht vor.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:
Der Rekurs wird als unbegründet abgewiesen.

VIII. Gleichstellung der Nichtkantonsbürger im Verfahren.

Assimilation des non-ressortissants aux citoyens du canton en matière administrative et judiciaire.

40. Urtheil vom 28. Mai 1880 in Sachen Jäger.

A. Gegen den Advokaten Jäger wurde, während er in Arbon, Kantons Thurgau, als Rechtsanwalt niedergelassen war, von J. G. Sigrist von Zürich, z. Z. in Hohenems, eine Forderung von 567 Fr. 50 Cts. beim Bezirksgerichte Arbon eingeklagt. Während der Dauer des Prozesses verließ Jäger den Kanton Thurgau und siedelte nach St. Gallen über. In Folge dessen wurde der Beklagte Jäger durch Verfügung des Bezirksgerichtspräsidenten von Arbon vom 16. Januar 1880, welche ihm am gleichen Tage durch die Post mitgetheilt wurde, in Anwendung des § 102 der thurgauischen Civilprozeßordnung, welcher vorschreibt, daß auch der Beklagte, wenn er während der Dauer des Prozesses aus dem Kanton wegziehen würde, zur Kaution anzuhalten sei, aufgefordert, innert der peremtorischen Frist von 14 Tagen eine Prozeßkaution von 200 Fr. zu leisten, widrigenfalls angenommen würde, daß er vom Prozesse abstehe.

B. Da Jäger dieser Aufforderung keine Folge leistete, so fand eine auf 7. Februar angesetzte gerichtliche Verhandlung in Sachen nicht statt. Dagegen beschloß das Bezirksgericht Arbon am 7. Februar, es sei dem Beklagten eine peremtorische Frist von 10 Tagen zur Leistung einer Prozeßkaution von 300 Fr. anberaumt, unter Androhung des Kontumazialverfahrens für den Fall des Ungehorsams, welcher Beschluß dem Jäger am 20. Februar mitgetheilt wurde.

C. Vermittelst Beschwerdeschrift vom 17. April 1880 ergriff Jäger gegen diese Verfügungen den Rekurs an das Bundesgericht. Er stellt den Antrag, es sei das angefochtene Urtheil des Bezirksgerichtes Arbon vom 7. Februar aufzuheben. Zur Begründung führt er im Wesentlichen an: Die 60tägige Rekursfrist sei, da ihm der Urtheilsrezeß erst am 20. Februar zugekommen sei, gewahrt. In der Sache selbst habe er sich über Verletzung des Art. 60 der Bundesverfassung, wonach alle Schweizerbürger im Gerichtsverfahren den eigenen Kantonsbürgern gleich zu halten seien, zu beschweren. Im Kanton St. Gallen bestehe nämlich eine dem § 102 der thurgauischen Prozeßordnung entsprechende Gesetzesvorschrift nicht und nach dem Grundsatze der Reziprozität sei demnach, wenn ein thurgauischer Angehöriger im Kanton St. Gallen ohne Kautionsleistung prozessiren könne, zu folgern, daß auch ein st. gallischer Angehöriger im Kanton Thurgau müsse Prozeß führen können, ohne zur Kautionsleistung verpflichtet zu sein. In diesem Sinne habe auch das Bundesgericht i. S. Bloch in Montpellier gegen Niederer in Winkeln entschieden. Es liege übrigens auch eine Verletzung des Art. 46 der Bundesverfassung vor, da Rekurrent nicht mehr der thurgauischen, sondern der st. gallischen Gesetzgebung unterstehe; wenn man annehmen wollte, daß sein Domizil im Kanton Thurgau für diesen Prozeß noch fortdauere, so wäre er nach Art. 43 der Bundesverfassung zu behandeln.

D. Namens des J. G. Sigrist trägt Fürsprecher Scherrer in Sulgen in seiner Vernehmlassung auf Abweisung des Rekurses und vollen Zuspruch der Rekurskosten von 50 Fr. an seinen Klienten an, indem er ausführt: Der Rekurs sei verspätet, da derselbe gegen die Präsidialverfügung vom 16. Februar hätte

ergriffen werden müssen; nach dem thurgauischen Prozeßrechte sei es nämlich Sache des Präsidenten, die in Bezug auf Rechtsvertröstung erforderlichen Maßnahmen zu treffen. Wenn daher das Gesammtgericht die Präsidialverfügung in Beschlussesform erneuert habe, so sei dies überflüssig gewesen und könne nicht in Betracht kommen; über die Kautionspflicht sei durch die Präsidialverfügung, da gegen diese der Rekurs nicht rechtzeitig ergriffen worden sei, rechtskräftig entschieden. Uebrigens sei die Beschwerde auch materiell vollkommen unbegründet, denn von einer Verletzung des Art. 60 der Bundesverfassung könne, da in Bezug auf die Kautionspflicht jeder Beklagte, gleichviel ob thurgauischer Bürger oder nicht, gleichgehalten werde, offenbar keine Rede sein; ebensowenig von einer Verletzung des Art. 46 der Bundesverfassung, denn, von allem Andern abgesehen, beziehe sich dieser Verfassungsartikel jedenfalls nur auf das materielle Privatrecht, nicht auf das Prozeßrecht.

E. Das Bezirksgericht Arbon schließt sich den Anträgen und Ausführungen des Rekursgegners an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die vom Rekursbeklagten erhobene Einwendung der Verspätung des Rekurses erscheint als unbegründet. Denn, wenn auch allerdings nach dem thurgauischen Prozeßrechte der Bezirksgerichtspräsident befugt ist, über die Auflage von Prozeßkautionen zu entscheiden, so wurde doch offenbar im vorliegenden Falle die Präsidialverfügung vom 16. Jänner 1880 durch den Beschluß des Gerichtes vom 7. Februar, welcher eine andere Frist zur Kautionsleistung ansetzt und den Betrag der Kautionssumme anders bestimmt, aufgehoben, so daß an Stelle der Präsidialverfügung der Beschluß des Gesammtgerichtes trat. Gegenüber letzterem aber ist die 60tägige Rekursfrist gewahrt.

2. Der Rekurs ist aber materiell vollkommen unbegründet, denn:

a. von einer Verletzung des Art. 60 der Bundesverfassung kann keine Rede sein; wenn dieser Artikel das Prinzip aufstellt, daß die Kantone alle Schweizerbürger in der Gesetzgebung sowohl als im gerichtlichen Verfahren den Bürgern des eigenen Kantons gleichzuhalten verpflichtet seien, so wird dadurch offenbar

in keiner Weise ausgeschlossen, daß an das Faktum des Wohnens außerhalb des Kantonsgebietes, beziehungsweise der Auswanderung aus demselben, gewisse rechtliche Folgen geknüpft werden dürfen, sofern nur in dieser Beziehung die eigenen Kantonsbürger den Schweizerbürgern anderer Kantone gleichgehalten werden. Die Regel der thurgauischen Prozeßordnung (§ 102) also, daß ein Beklagter, welcher während der Dauer des Prozesses den Kanton verläßt, zur Kautionsleistung verpflichtet wird, steht mit Art. 60 der Bundesverfassung keineswegs in Widerspruch. Daß die Gesetzgebung des Kantons St. Gallen eine gleiche Bestimmung nicht enthält, kann hieran nichts ändern, sondern erscheint als völlig unerheblich. Denn durch Art. 60 der Bundesverfassung wird keineswegs gefordert, daß ein Kanton die Angehörigen eines andern Kantons materiell gleich behandle, wie seine Angehörigen in dem betreffenden andern Kanton gemäß der dort geltenden Gesetzgebung behandelt werden; vielmehr stellt der Art. 60 cit. das Prinzip der sog. formellen Reziprozität auf, d. h. er verlangt, daß jeder Kanton Schweizerbürger aus andern Kantonen gleich wie die eigenen Angehörigen behandle, wobei es völlig gleichgültig bleibt, ob die befolgte Regel für die Betreffenden günstiger oder ungünstiger ist, als das in ihrem Heimatkanton geltende und gemäß dem bundesrechtlichen Prinzipe auf Schweizerbürger aller Kantone gleichmäßig anwendbare Recht. Die Befolgung des Prinzipes der sog. materiellen Reziprozität oder Retorsion, wie Rekurrent sie zu verlangen scheint, wird durch die Bundesverfassung nicht nur nicht gefordert, sondern sie würde mit dem bundesrechtlichen Grundsatze geradezu im Widerspruche stehen.

b. Ebensowenig kann natürlich von einer Verletzung des Art. 46 der Bundesverfassung die Rede sein. Denn, ganz abgesehen davon, daß Art. 46 cit., da das zu seiner Vollziehung vorgesehene Bundesgesetz bis jetzt nicht erlassen wurde, noch nicht in Wirksamkeit getreten ist, ist es anerkannten Rechtens, daß über das gerichtliche Verfahren und die prozessualen Rechte und Pflichten der Parteien das Gesetz des Prozeßortes entscheidet, an welcher Regel durch Art. 46 der Bundesverfassung offenbar nichts geändert werden sollte.

3. In Bezug auf die vom Rekurrenten behauptete Verletzung des Art. 43 der Bundesverfassung, ist das Bundesgericht gemäß Art. 59 Ziffer 5 des Gesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege zu urtheilen nicht berufen; übrigens bezieht sich dieser Artikel offenbar lediglich auf die öffentliche Rechtsstellung der Niedergelassenen und enthält keineswegs eine Wiederholung des in Art. 60 cit. aufgestellten Prinzips.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird als unbegründet abgewiesen.

Zweiter Abschnitt. — Deuxième section.

Bundesgesetze. — Lois fédérales.

I. Unzulässige Rekurse. — Recours inadmissibles.

Siehe Nr. 55.

II. Auslieferung von Verbrechern und Angeschuldigten. Extradition de criminels et d'accusés.

41. Urtheil vom 8. Mai 1880 in Sachen Keller.

A. Joh. Ulrich Keller von Marthalen, Schuster in Feuerthalen, Kantons Zürich, welcher im Mai 1878 vom Stadtrathe des Kantons Schaffhausen aus letzterer Gemeinde wegen wiederholter gerichtlicher Bestrafung ausgewiesen worden war und gegen diese Ausweisung vergeblich an Bundesrath und Bundesversammlung rekurrirt hatte, wurde vom Stadtrathe von Schaffhausen wegen eines an diese Behörde gerichteten Briefes vom 9. September 1878, in welchem er den Stadtrath sowie den Regierungsrath des Kantons Schaffhausen u. A. beschuldigt hatte, sie haben ihn in ihrer Vernehmlassung an die eidgenössischen Behörden „verläumdet und besudelt," in Anwendung des § 40 des schaffhausenschen Gemeindegesetzes in eine Ordnungsstrafe von zwei Mal 24 Stunden Arrest verurtheilt.

B. Nachdem nun Keller in einem neuen Briefe an den

Stadtrath von Schaffhausen vom 23. Oktober 1878 von letzterem Entschädigung verlangt hatte, mit der Drohung, wenn ihm dieselbe nicht werde, so werde er die Bezahlung in öffentlichen Blättern fordern, den Stadtrath rechtlich betreiben und den Rechtsbetrieb ebenfalls veröffentlichen, wenn es dem Stadtrathe gelinge, ihn in Arrest zu setzen, so werde er ebenfalls Entschädigung verlangen, würde er nicht bezahlt, so werde er Gewaltakte ebenfalls mit Gewaltakten vergelten, den ersten Schaffhauser Stadtjäger, der sich auf zürcherischem Gebiete sehen lasse, abfangen, ihm die Waffen abnehmen und dieselben als Pfand zurückbehalten u. s. w., wurde er am 11. November 1878, Abends, auf schaffhausenschem Gebiet betroffen und von der schaffhauser Polizei bis zum folgenden Tag in Arrest gesetzt. Nach seiner Entlassung aus dem Arreste richtete Keller wiederum, am 13. November 1878, 12. Mai und 12. Juni 1879, Zuschriften an den Stadtrath von Schaffhausen, in welchen er für seine Verhaftung, welche er als Gewaltthat qualifizirt, Entschädigung verlangte und für den Fall, daß ihm diese verweigert werden sollte, drohte, alsdann gegenüber dem Stadtrathe eine Sprache führen zu wollen und zwar eine öffentliche, welche denselben derart kennzeichne, daß man wisse, wessen man sich zu demselben zu versehen habe, u. dergl. mehr. Wegen der in diesen Briefen enthaltenen Aeußerungen reichte nun der Stadtrath von Schaffhausen bei der dortigen Polizeidirektion unterm 13. Juni 1879 Klage wegen Drohungen und Erpressung im Sinne des § 173 und 208 des kantonalen Strafgesetzbuches ein. Auf Requisition des Verhöramtes von Schaffhausen wurde Keller über diese Klage durch das Statthalteramt Andelfingen einvernommen und derselbe angefragt, ob er sich auf geschehene Vorladung freiwillig vor die schaffhausenschen Gerichte stellen werde. Bei seiner Abhörung erklärte er, seine Ausdrücke seien nicht strafbar, und er verlange gestützt auf § 58 der Bundesverfassung, Beurtheilung durch seinen natürlichen Richter, d. h. durch die Gerichte des Kantons Zürich.

C. Darauf hin wurde, auf Anordnung der Staatsanwaltschaft des Kantons Schaffhausen, durch die dortige Polizeidirektion Fahndung auf Keller wegen gefährlicher Drohungen und

Erpressungsversuches in dem Sinne angeordnet, daß er nur beim Betreten des Kantons zu verhaften sei, was im Polizeianzeiger des Kantons Schaffhausen vom 7. August 1879 ausgeschrieben wurde.

D. Nachdem Keller vergeblich vom Verhöramte des Kantons Schaffhausen Rücknahme dieser Verfügung verlangt hatte, wandte er sich durch Eingabe vom 24. Februar 1880 an das Bundesgericht, indem er, gestützt auf Art. 58 und 113 der Bundesverfassung beantragte, daß die vom Verhöramte Schaffhausen gegen ihn verfügte Fahndung als im Widerspruch mit der Bundesverfassung stehend aufgehoben und der zürcherische Gerichtsstand als allein zuständig erklärt werde. Zur Begründung führt er an, daß er zürcherischer Kantonsbürger und im Kanton Zürich niedergelassen sei und daß demnach im Kanton Zürich sein verfassungsmäßiger Gerichtsstand sich befinde.

E. Der Regierungsrath des Kantons Schaffhausen sowie das dortige Verhöramt begnügen sich, in ihren Vernehmlassungen den vom Rekurrenten theilweise unrichtig dargestellten Sachverhalt unter Berufung auf die Akten richtig zu stellen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Rekurrent geht offenbar davon aus, daß Art. 58 Abs. 1 der Bundesverfassung, welcher bestimmt, daß Niemand seinem verfassungsmäßigen Richter entzogen werden dürfe und daher die Einsetzung von Ausnahmegerichten verbietet, vorschreibe, daß in Strafsachen der Richter des Wohnortes des Angeschuldigten der ausschließlich zuständige sei. Diese Annahme ist indessen offensichtlich durchaus haltlos und willkürlich. Denn der Art. 58 der Bundesverfassung enthält keinerlei Normen über den Gerichtsstand, sei es in Civil- sei es in Strafsachen; vielmehr ist nach Art. 58 der Bundesverfassung wie das Bundesgericht bereits in Sachen Müller (Entscheidungen, amtliche Sammlung IV S. 12) ausgesprochen hat, in Strafsachen jedes Gericht als verfassungsmäßiger Richter anzuerkennen, welches nach Verfassung und Gesetzgebung desjenigen Kantons, dessen Strafgewalt der Angeklagte nach Bundesrecht untersteht, kompetent ist. Nun ist nach feststehender bundesrechtlicher Praxis im vorliegenden Falle Schaffhausen als Ort der Begehung des

Deliktes zu betrachten, da dorthin die Briefe, durch welche der fragliche Erpressungsversuch verübt worden sein soll, adressirt waren und dort geöffnet wurden und es kann demnach keinem Zweifel unterliegen, daß Rekurrent an sich der Strafgewalt des Kantons Schaffhausen unterworfen ist, wie denn auch nach den schaffhausenschen Gesetzen die dortigen Gerichte zu dessen Beurtheilung zweifellos kompetent sind. Von einer Verletzung der Bundesverfassung kann somit nicht die Rede sein.

2. Dagegen muß es sich fragen, ob nicht das Vorgehen der schaffhausenschen Behörden mit den Bestimmungen des Bundesgesetzes über Auslieferung von Verbrechern und Angeschuldigten vom 24. Juli 1852 in Widerspruch stehe. Es ist zwar dieser Gesichtspunkt vom Rekurrenten nicht geltend gemacht worden; allein in Beziehung auf die rechtliche Würdigung der angebrachten Beschwerden ist das Gericht nicht an die Parteianbringen gebunden, sondern es hat das geltende objektive Recht von Amtes wegen zur Anwendung zu bringen.

3. Die gegen den Rekurrenten erlassene Ausschreibung lautet auf „gefährliche Drohungen und Erpressungsversuch," wobei es indeß, nach den aktenmäßigen Thatsachen, nicht zweifelhaft sein kann, daß nicht zwei verschiedene, selbständige Handlungen in Frage stehen, sondern daß nur eine That, aber unter dem doppelten, strafrechtlichen Gesichtspunkte der gefährlichen Drohung und des Erpressungsversuches den Gegenstand der Strafverfolgung bildet. Nach Art. 2 des citirten Bundesgesetzes gehört nun die Erpressung zu denjenigen Verbrechen, wegen welcher die Auslieferung gestattet werden muß und demgemäß auch der Erpressungsversuch. Obschon nämlich das Gesetz bei Aufzählung der Delikte, wegen welcher die Auslieferung gestattet werden muß, nicht ausdrücklich erklärt, daß auch wegen des Versuches dieser Verbrechen die Auslieferung geschehen müsse, so ist dies doch unbedenklich anzunehmen, denn einerseits umfaßt die Bezeichnung eines Deliktes nicht nur das vollendete, sondern auch das bloß versuchte Verbrechen und anderseits ist in Auslieferungsverträgen mit auswärtigen Staaten mehrfach die Auslieferungspflicht ausdrücklich in weiterm oder engerm Umfange auch auf den Versuch der Auslieferungsdelikte erstreckt

(vergl. Auslieferungsvertrag mit dem deutschen Reiche Art. 1 i. f., mit Frankreich Art. 1, mit Rußland Art. 3), und es kann im Zweifel nicht angenommen werden, daß im Verhältnisse der Kantone unter einander die Auslieferungspflicht eine beschränktere sein solle, als dies gegenüber dem Auslande der Fall ist. Es kann demnach einem begründeten Zweifel nicht unterliegen, daß Rekurrent im Kanton Schaffhausen wegen eines Deliktes verfolgt wird, wegen welches nach dem Bundesgesetze vom 24. Juli 1852 die Auslieferung bewilligt werden muß.

4. Das citirte Bundesgesetz spricht nun allerdings zunächst nur die Verpflichtung der Kantone aus, sich durch Auslieferung der in ihrem Gebiete sich aufhaltenden Personen, welche in einem andern Kantone wegen eines der im Gesetze Art. 1 bezeichneten Verbrechen strafrechtlich verfolgt werden, Rechtshülfe zu leisten, beziehungsweise wenn es sich um eigene Angehörige des requirirten Kantons handelt, entweder durch Auslieferung dem requirirenden Kantone zu wirksamer Ausübung seines Strafrechtes gegenüber denselben Beistand zu leisten oder aber ihr eigenes, nach ihrer Gesetzgebung ihnen zustehendes, Strafrecht in Betreff derselben auszuüben. Allein dieser Verpflichtung der Kantone zur Leistung der Rechtshülfe und bezw. deren Recht, die letztere zu fordern, entspricht, wie die bundesrechtliche Praxis stets festgehalten hat, auf der andern Seite das staatsrechtliche Prinzip, daß ein Kanton, insoweit es die im erwähnten Gesetze vorgesehenen Verbrechensfälle anbelangt, abgesehen von freiwilliger Unterwerfung des Thäters unter seinen Gerichtsstand, nicht berechtigt ist, gegen eine bekanntermaßen auf dem Territorium eines andern Kantons sich aufhaltende Person eine Strafverfolgung in anderer Weise als mit Einleitung des gesetzlichen Auslieferungsverfahrens durchzuführen, daß es ihm also namentlich nicht freisteht, anstatt die Auslieferung anzubegehren, das Kontumazialverfahren einzuleiten oder unter einstweiliger Sistirung des Verfahrens den Fall der Betretung abzuwarten. (Vergl. Ullmer, staatsrechtliche Praxis I Nr. 281 Erw. 2 ibid. Nr. 528, 529, Beschluß der Bundesversammlung vom 22./28. Juli 1857 i. S. Grübler, Off.

Ges. Sammlung V Nr. 571, Entscheidungen des Bundesgerichtes, Urtheil i. S. Mettler, amtl. Samml. III S. 248.) Soweit eben eine gesetzliche Pflicht der Kantone zur Leistung der Rechtshülfe besteht, ist der verfolgende Kanton verpflichtet, dieselbe in Anspruch zu nehmen und darf nicht einseitig und unter Umgehung der gesetzlichen Vorschriften über Auslieferung gegen Personen, welche unter der Hoheit und dem Schutze eines andern Kantons stehen, vorgehen. Es hat auch, wie sich aus Art. 8 und 9 leg. cit. ergibt und wie das Bundesgericht bereits mehrfach ausgesprochen hat (vergl. die angeführten Entscheide i. S. Mettler vom 12. Mai 1877 Erw. 3, Urtheil in Sachen Wüthrich vom 22. März 1880 Erw. 2, amtl. Samml. VI S. 81) nicht nur der betreffende Kanton, sondern auch der requirirte Angeschuldigte oder Verurtheilte selbst ein Recht darauf, daß ihm gegenüber das gesetzliche Auslieferungsverfahren eingehalten werde, beziehungsweise, daß nicht ohne Beobachtung dieses gesetzlichen Verfahrens in einem andern Kanton die Strafverfolgung gegen ihn eingeleitet oder die Strafvollstreckung angeordnet werde. Selbstverständlich indeß gilt dies nicht für den Fall der Ergreifung des Thäters auf frischer That und überhaupt für den Fall, daß der Thäter sich in der Gewalt des die Strafverfolgung betreibenden Kantons befindet, so fern letzteres nicht die Folge eines in Umgehung der Bestimmungen des Auslieferungsgesetzes eingeleiteten oder durchgeführten Verfahrens ist. In den gedachten Fällen ist natürlich der betreffende Kanton weder in der Lage noch verpflichtet, bei dem Kantone, welchem der Thäter angehört, ein Auslieferungsbegehren zu stellen; er kann vielmehr gegen denselben ohne Weiteres nach seinen Gesetzen vorgehen.

5. Rekurrent ist nun unbestrittenermaßen im Kanton Zürich niedergelassen und auch verbürgert; wenn daher im Kanton Schaffhausen gegen denselben ein Strafverfahren wegen eines Auslieferungsdeliktes durchgeführt werden will, so sind, da von einer freiwilligen Unterwerfung des Rekurrenten unter den schaffhausenschen Gerichtsstand nicht die Rede sein kann, derselbe vielmehr gegen seine Beurtheilung durch die schaffhausenschen Gerichte protestirt, die schaffhausenschen Behörden verpflichtet,

vorerst bei der Regierung des Kantons Zürich ein Auslieferungsbegehren zu stellen, wobei es der letztern alsdann gemäß Art. 1 Lemma 2 leg. cit. freisteht, entweder die Auslieferung zu bewilligen oder die Verpflichtung zu übernehmen, den Rekurrenten nach den züricherischen Gesetzen durch die dortigen Gerichte beurtheilen zu lassen.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird als begründet erklärt in dem Sinne, daß die schaffhausenschen Behörden verpflichtet sind, bevor der strafrechtlichen Verfolgung gegen J. U. Keller im dortigen Kanton weitere Folge gegeben wird, vorerst die Auslieferung desselben bei der Regierung des Kantons Zürich nachzusuchen.

---

42. Urtheil vom 4. Juni 1880 in Sachen Fähndrich.

A. Samuel Mühlemann von Obergraswyl, Kantons Bern, welcher im Laufe des Jahres 1879 und im Anfange des Jahres 1880 unter verschiedenen Malen bei Johann Fähndrich, Pächter auf Hof Ruttigen, Gemeinde Olten, Kantons Solothurn, als Landarbeiter bedienstet war, wurde am 11. Februar 1880 wegen verschiedener, auf dem Gebiete des Kantons Bern begangener Diebstähle verhaftet und an den Kanton Bern ausgeliefert. Da der Verhaftete aussagte, daß er den größten Theil der gestohlenen Gegenstände seinem Dienstherrn Johann Fähndrich gebracht habe, so ersuchte der Untersuchungsrichter von Burgdorf, welcher mit der Untersuchung befaßt war, denjenigen von Olten-Gösgen unter Angabe der gestohlenen Gegenstände, welche Mühlemann dem Fähndrich gebracht haben wollte, letztern hierüber einzuvernehmen und denselben zu befragen, ob er allfällig noch andere Sachen von Mühlemann erhalten, was er ihm jeweilen als Gegenwerth verabfolgt habe und insbesondere, ob ihm die Erwerbungsart dieser Sachen ab Seiten des Mühlemann bekannt und ob er damit einverstanden gewesen sei. Der Unter-

suchungsrichter von Olten lud nun den Johann Fähndrich vor, mit der Angabe, daß er als Zeuge einvernommen werden solle; aus dem über seine Abhörung aufgenommenen Protokolle ergibt sich, daß Fähndrich zugab, daß Mühlemann einzelne gestohlene Gegenstände zu ihm gebracht und er theilweise solche von ihm erworben habe, wobei er aber behauptete, der Meinung gewesen zu sein, daß Mühlemann diese Gegenstände von seiner Schwester im Kanton Bern erhalten habe.

B. Nachdem nun die Voruntersuchung geschlossen worden war, theilte der Untersuchungsrichter von Burgdorf, nach Mitgabe des § 245 der bernischen Strafprozeßordnung, am 2. März 1880 dem Johann Fähndrich mit, daß die Akten in der Untersuchung gegen ihn wegen Anklage auf Begünstigung bei qualifizirtem Diebstahle nunmehr unverzüglich der Anklagekammer werden eingesandt werden und daß es ihm freistehe, eine allfällige Vervollständigung der Untersuchung zu verlangen oder ein Memorial einzugeben. Auf diese Anzeige hin erklärte Johann Fähndrich durch Zuschrift an den Untersuchungsrichter von Burgdorf daß er gestützt auf das eidgenössische Auslieferungsgesetz gegen eine allfällige Auslieferung an den Kanton Bern protestire und sich im Uebrigen die Eingabe eines Vertheidigungsmemorials vorbehalte; er reichte denn auch wirklich der Anklagekammer des Kantons Bern ein Memorial ein, in welchem er Vervollständigung der Untersuchung nach verschiedenen Richtungen hin verlangte. Gleichzeitig bemerkte er, daß, da gegen ihn niemals eine Voruntersuchung wegen Theilnahme oder Begünstigung bei Diebstahl geführt, sondern er vom Untersuchungsrichter von Olten-Gösgen lediglich als Zeuge betreffend einen von Samuel Mühlemann begangenen Diebstahl abgehört worden sei, die fragliche Anzeige ihn aufs höchste überrascht habe. Die Anklagekammer trat indeß auf das Vervollständigungsbegehren des Fähndrich nicht ein, sondern versetzte durch Beschluß vom 20. März 1880 den Samuel Mühlemann wegen fünf in dem fraglichen Beschlusse näher bezeichneter Diebstähle und den Johann Fähndrich wegen Begünstigung bei vier dieser Diebstähle in Anklagestand und überwies sie den Assisen des dritten bernischen Geschwornenbezirkes.

C. Als hierauf dem Fähndrich, auf Requisition seitens des Untersuchungsrichters von Burgdorf, durch den Untersuchungsrichter von Olten-Gösgen dieser Beschluß der bernischen Anklagekammer und die darauf gegründete Anklageakte der Staatsanwaltschaft mitgetheilt wurde, erklärte derselbe, daß er gegen die Ueberweisung an die bernischen Schwurgerichte und überhaupt gegen eine Auslieferung an die bernischen Behörden protestire und daß er bezüglich des Verfahrens die Vorschriften des eidgenössischen Auslieferungsgesetzes anrufe. Gegenüber der an ihn ergangenen Ladung auf Montag 3. Mai zur Eröffnung der Assisen und auf Samstag den 8. Mai zur Hauptverhandlung vor dem Schwurgerichte des dritten Geschwornenbezirkes in Burgdorf zu erscheinen, erneuerte Fähndrich diesen Protest, indem er gleichzeitig den Rekurs an das Bundesgericht ergriff.

D. In seiner Rekursschrift führt er aus: Durch Art. 7 und 8 des Bundesgesetzes über die Auslieferung von Verbrechern und Angeschuldigten werde das Verfahren festgestellt, nach welchem die gemäß Art. 1 und 2 leg. cit. Angeschuldigten oder Verurtheilten requirirt werden müssen. Dieses Verfahren sei nun ihm gegenüber durch die bernischen Behörden nicht beobachtet und dadurch, wie das Bundesgericht in seiner Entscheidung in Sachen Wüthrich vom 22. März 1880 anerkannt habe, ein individuelles Recht, welches ihm durch ein in Ausführung der Bundesverfassung erlassenes Bundesgesetz gewährleistet werde, verletzt worden. Es liege aber auch eine direkte Verletzung verfassungsmäßiger Vorschriften vor. Während nämlich Art. 4 der Bundesverfassung bestimme, daß alle Schweizer vor dem Gesetze gleich seien und Art. 60 alle Kantone verpflichte, sämmtliche Schweizerbürger in der Gesetzgebung sowohl als auch im gerichtlichen Verfahren den Bürgern des eigenen Kantons gleich zu halten, sei er als luzernischer Kantonsbürger und solothurnischer Niedergelassener im vorliegenden Falle durch die bernischen strafgerichtlichen Behörden nicht gleich behandelt worden wie der Hauptangeklagte und bernische Kantonsbürger Samuel Mühlemann. Während nämlich gegen letztern eine allen Vorschriften der bernischen Strafprozeßordnung entsprechende Voruntersuchung geführt worden sei, habe ihm gegenüber eine Voruntersuchung

überhaupt nicht stattgefunden, sondern sei er, nachdem er lediglich als Zeuge abgehört worden sei, unter Verletzung der die Voruntersuchung betreffenden Grundsätze des bernischen Strafprozeßrechtes, insbesondere des Grundsatzes, daß dem Angeschuldigten das Recht zustehe, während der Voruntersuchung seine Entlastungsthatsachen und Beweismittel geltend zu machen und daß in der Voruntersuchung auch die Beweise für die Unschuld des Angeklagten zu sammeln seien (Art. 87, 208, 212 der bernischen Strafprozeßordnung), ohne jegliches Vorverfahren und unter Verwerfung des von ihm gestellten Vervollständigungsbegehrens, sofort dem Schwurgerichte überwiesen worden. Endlich sei auch Art. 58 der Bundesverfassung, wonach Niemand seinem verfassungsmäßigen Richter entzogen werden dürfe, und mit welchem Art. 74 der bernischen und § 30 Ziffer 4 der solothurnischen Staatsverfassung übereinstimmen, verletzt worden. Nach allgemein anerkanntem Rechtsgrundsatze, welchen auch die bernische Strafprozeßordnung (Art. 12) und das bernische Strafgesetzbuch (Art. 3), sowie die solothurnische Strafprozeßordnung § 64 und das solothurnische Strafgesetzbuch § 4 litt. a aussprechen, sei nämlich der zuständige Richter in Strafsachen derjenige des Begehungsortes. Nun seien aber die ihm vorgeworfenen Delikte, wenn überhaupt, so jedenfalls im Kanton Solothurn und nicht im Kanton Bern begangen worden. Demgemäß werde beantragt: Das Bundesgericht wolle den Beschluß der bernischen Anklagekammer, welcher ihm durch den Gerichtspräsidenten von Olten am 29. März abhin eröffnet worden sei, und nach welchem er ohne vorausgegangene Voruntersuchung den bernischen Assisen des dritten Bezirkes in Burgdorf zur Hauptverhandlung überwiesen worden sei, sowie die auf diesen Beschluß gestützte Vorladung vor die Assisen in Burgdorf auf den 3. u. 8. Mai als verfassungs- und gesetzwidrig, indem diese Maßnahmen sowohl ein Bundesgesetz als auch die Art. 4, 58 und 60 der Bundesverfassung verletzen, aufheben und die bernischen Behörden anweisen, ein neues Verfahren einzuleiten, welches sich positiv auf die Bestimmungen der Bundes- und Kantonalverfassungen und des von ihm allegirten Bundesgesetzes vom 24. Juli 1852 stütze.

E. Die Anklagekammer des Kantons Bern beantragt in ihrer Vernehmlassung Abweisung des Rekurses, indem sie im Wesentlichen anführt: Von einer Verletzung der Vorschriften des Bundesgesetzes über Auslieferung von Verbrechern und Angeschuldigten könnte nur dann die Rede sein, wenn die Auslieferung des Fähndrich bei seinem Niederlassungskantone verlangt würde; so lange dies nicht geschehe, fallen die Vorschriften des fraglichen Gesetzes offenbar gänzlich außer Betracht. Was sodann die Beschwerde darüber anbelange, daß gegen Fähndrich eine Voruntersuchung nicht stattgefunden habe, so werde nicht bestritten, daß das Untersuchungsrichteramt Burgdorf gegen den Rekurrenten nicht ganz sachgemäß vorgegangen sei, indem es in seinem Requisitorium an den Untersuchungsrichter von Olten, wodurch die Abhörung des Fähndrich verlangt worden sei, unterlassen habe, ausdrücklich zu bemerken, daß derselbe als Angeschuldigter abzuhören sei. Irgend eine ausdrückliche Vorschrift der Strafprozeßordnung sei indeß immerhin von dem Untersuchungsrichter von Burgdorf nicht verletzt worden. Wenn die Anklagekammer auf das Begehren des Rekurrenten um Aktenvervollständigung nicht eingetreten sei, so sei dies deßhalb geschehen, weil das vorhandene Aktenmaterial so gewichtige Schuldindizien gegen Fähndrich enthalte, daß seine Versetzung in Anklagestand unter keinen Umständen hätte vermieden werden können. Uebrigens können die kleinen und ganz unnachtheiligen Unregelmäßigkeiten, welche in dem Verfahren gegen Fähndrich vorgekommen sein mögen, in keinem Falle eine Verletzung verfassungsmäßiger Rechte desselben begründen. Von einer Verletzung der Garantie des verfassungsmäßigen Richters könne keine Rede sein, denn wenn auch allerdings der Ort der Begehung für die dem Fähndrich zur Last gelegten Delikte im Kanton Solothurn sei, so sei doch der bernische Gerichtsstand für dieselben nach Art. 25 der bernischen Strafprozeßordnung, wonach die in Hinsicht des Urhebers einer strafbaren Handlung zuständige Behörde es auch hinsichtlich der Mitschuldigen sei, begründet. An eine Zurücksetzung des luzernischen Angehörigen gegenüber dem bernischen endlich habe die Untersuchungsbehörde jedenfalls nicht gedacht, sondern die Unterlassung, den Fähndrich ausdrücklich als

Angeschuldigten zu bezeichnen und ihm gegenüber eine etwas umständlichere Voruntersuchung zu führen, sei einzig durch den zufälligen Umstand veranlaßt worden, daß der Untersuchungsrichter den Fähndrich nicht selbst einvernommen habe, sondern durch einen fremden Richter habe einvernehmen lassen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Wie das Bundesgericht bereits in den Entscheidungen in Sachen Mettler (amtliche Sammlung III S. 248) und Keller (Urtheil vom 8. Mai 1880), auf deren Begründung hier lediglich verwiesen werden kann, ausgesprochen hat, entspricht der Berechtigung der Kantone, die Auslieferung von Verurtheilten nnd Angeschuldigten in den durch Art. 1 des Bundesgesetzes vom 24. Juli 1852 vorgesehenen Verbrechensfällen zu verlangen, die Verpflichtung, in diesen Fällen gegen Personen, welche sich bekanntermaßen auf dem Territorium eines andern Kantons aufhalten, eine Strafverfolgung nicht in anderer Weise als mit Einleitung des gesetzlichen Auslieferungverfahrens durchzuführen und es hat auch der requirirte Angeschuldigte selbst ein Recht darauf, zu verlangen, daß ihm gegenüber dieses gesetzliche Verfahren eingehalten werde. (Vergl. die angeführten bundesgerichtlichen Entscheidungen sowie das Urtheil in Sachen Wüthrich, amtl. Samml. VI S. 81.) Sofern es sich daher im vorliegenden Falle um einen der in Art. 1 des citirten Bundesgesetzes vorgesehenen Verbrechensfälle handelt, ist Rekurrent allerdings berechtigt, zu verlangen, daß die bernischen Behörden, bevor im Kanton Bern ein Strafverfahren gegen ihn durchgeführt wird, vorerst ein Auslieferungsbegehren bei der Regierung seines Niederlassungskantons stellen.

2. Rekurrent ist nun durch Beschluß der bernischen Anklagekammer vom 20. März 1880 in Anklagestand versetzt und den Assisen überwiesen worden wegen Begünstigung bei vier von Samuel Mühlemann begangenen Diebstählen und es wird die Kompetenz des bernischen Richters auf Art. 25 der bernischen Strafprozeßordnung, wonach das für Aburtheilung des Urhebers einer strafbaren Handlung zuständige Gericht auch hinsichtlich der Mitschuldigen zuständig ist, gestützt. Nach Art. 1 des Gesetzes vom 24. Juli 1852 gehört aber der Diebstahl zu denje-

nigen Delikten, in Bezug auf welche die Auslieferung gewährt werden muß, und es muß demnach angenommen werden, daß auch die Begünstigung bei Diebstahl als Auslieferungsverbrechen zu betrachten sei. Das Gesetz spricht dies zwar nicht ausdrücklich aus; es begnügt sich vielmehr, diejenigen Verbrechen, für welche eine Auslieferungspflicht statuirt werden soll, mit ihrem technischen Namen zu bezeichnen, ohne darüber sich auszusprechen, ob die Auslieferungspflicht sich nur auf Urheberschaft, oder auch auf Gehülfenschaft und Begünstigung bei diesen Verbrechen erstreckt. Wie es nun aber, mit Rücksicht auf Art. 4 des Bundesgesetzes, einem Zweifel nicht unterliegen kann, daß die Auslieferungspflicht sich auf alle Fälle der Theilnahme an einem Auslieferungsverbrechen erstreckt, so ist dies auch in Betreff der Begünstigung anzunehmen. Es kann zwar die Begünstigung keineswegs als eine Art der Theilnahme am Hauptverbrechen betrachtet werden, sondern sie ist zweifellos ein selbständiges Delikt; dies gilt, wie es überhaupt in Wissenschaft und Gesetzgebung anerkannt ist, auch nach bernischem Strafrechte, denn das bernische Strafgesetzbuch, wenn es auch Theilnahme und Begünstigung nebeneinander behandelt, unterscheidet doch begrifflich zwischen Theilnahme und Begünstigung (vergl. Art. 34 desselben) und bestraft den Begünstiger keineswegs als Theilnehmer. Allein zwischen dem Delikte des Begünstigers und demjenigen des Thäters des Hauptverbrechens besteht doch andererseits ein so naher Zusammenhang, daß der erstere in einem weitern Sinne als Mitschuldiger, Complice, des letztern, betrachtet und bezeichnet werden kann und auch bezeichnet wird. (Vergl. Chauveau et Hélie, Théorie du Code pénal, chap. XII, § 1, N° 284, § 2, N°s 289, 290 und § 4, de la complicité par recélé des personnes ou des choses, Geyer in Holzendorf's Handbuch des Strafrechtes, S. 418, 421 u. ff.) Dem Wesen des bundesstaatlichen Verhältnisses entspricht es nun, die Verpflichtung der Gliedstaaten zur Leistung der Rechtshülfe in Strafsachen in ausgedehntem Sinne zu fassen und demnach die Verpflichtung zur Auslieferung nicht auf die Theilnehmer an einem Auslieferungsverbrechen sensu stricto zu beschränken, sondern sie auf alle Mitschuldigen im weitern Sinne des Wortes auszudehnen.

Es entspricht dies auch dem Interesse der Rechtspflege, welches regelmäßig gleichzeitige Untersuchung und Aburtheilung connexer Strafthaten erfordern wird.

3. Wenn nun aber demgemäß Rekurrent im Kanton Bern wegen eines Auslieferunsverbrechens verfolgt wird, so ist er allerdings, gemäß den in Erwägung 1 aufgestellten Grundsätzen, berechtigt, zu verlangen, daß vorerst bei der Regierung des Kantons Solothurn um seine Auslieferung nachgesucht werde. Von einer freiwilligen Unterwerfung des Rekurrenten unter den bernischen Gerichtsstand kann nämlich, abgesehen von der Frage, inwiefern eine solche in Strafsachen als rechtswirksam betrachtet werden könnte, offenbar nicht die Rede sein, denn Rekurrent protestirte von Anfang an gegen seine Auslieferung an die bernischen Behörden, und angesichts dieses Umstandes, kann die Thatsache, daß er gleichzeitig auch von den durch das bernische Prozeßrecht ihm gestatteten Vertheidigungsmitteln Gebrauch machte, offenbar nicht als Anerkennung des Gerichtsstandes aufgefaßt werden.

4. Wenn sodann, nachdem die Regierung des Kantons Solothurn sich über das bernischerseits zu stellende Auslieferungsbegehren ausgesprochen haben wird, der daherige Regierungsbeschluß von irgend welcher Seite angefochten werden sollte, so wird alsdann das Bundesgericht darüber zu entscheiden haben, ob, neben der Qualifikation des den Gegenstand der Strafverfolgung bildenden Deliktes als Auslieferungsdelikt, auch die übrigen Voraussetzungen der Auslieferungspflicht vorhanden seien, insbesondere ob, angesichts des Umstandes, daß das fragliche Delikt zweifellos auf solothurnischem Territorium begangen wurde, der Kanton Bern als zur Stellung des Auslieferungsbegehrens legitimirt erachtet werden könne, oder ob nicht vielmehr eine Auslieferung des Rekurrenten an den Kanton Bern beziehungsweise überhaupt dessen strafrechtliche Verfolgung in diesem Kantone ein verfassungsmäßiges Recht desselben verletze. Zur Zeit, bevor die Regierung des Kantons Solothurn in Sachen sich ausgesprochen hat, kann über diese Frage noch nicht entschieden werden.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Der Rekurs wird als begründet erklärt und es wird demnach der Beschluß der Anklagekammer des Kantons Bern vom 20. März 1880, soweit er den Rekurrenten betrifft, aufgehoben, in dem Sinne, daß, bevor im Kanton Bern eine weitere strafrechtliche Verfolgung des Rekurrenten wegen der in Frage liegenden Handlungen stattfindet, die bernischen Behörden bei der Regierung des Kantons Solothurn um dessen Auslieferung gemäß den Vorschriften des Bundesgesetzes vom 24. Juli 1852 nachzusuchen haben.

III. Ertheilung des Schweizerbürgerrechtes und Verzicht auf dasselbe.
Naturalisation et renonciation à la nationalité suisse.

43. Entscheid in Sachen Röllin vom 26. April 1880.

A. Josef Leonz Röllin von Menzingen, Kantons Zug, geb. 14. November 1852, welcher vor längerer Zeit nach den Vereinigten Staaten von Nordamerika ausgewandert ist, hat, gemäß einer Bescheinigung des Clerk of the County Court of Livingston County, im Staate Illinois, nach Ablegung des vorgeschriebenen Bürgereides, am 12. Juli 1879 das Bürgerrecht der Vereinigten Staaten von Nordamerika erworben.

Gestützt hierauf, sowie auf eine Bescheinigung des Notars William M. Sears vom 29. September 1879, daß er nach den Gesetzen der Vereinigten Staaten von Nordamerika und des Staates Illinois vollkommen dispositionsfähig sei, erklärte Josef Leonz Röllin, auf sein schweizerisches Bürgerrecht verzichten zu wollen, und stellte demgemäß an die Regierung des Kantons Zug das Begehren, sie möchte seine Entlassung aus dem Kantonsbürgerrechte und dem Gemeindebürgerrechte von Menzingen aussprechen.

B. Nach Mittheilung dieses Entlassungsgesuches an den Ortsbürgerrath von Menzingen erhob sowohl diese Behörde als auch ein Verwandter des Gesuchstellers, Franz Josef Zürcher zur Schurtannen, für sich und Namens seiner Schwägerschaft, gegen die Ertheilung der Entlassung Einsprache, und der Regierungsrath des Kantons Zug beschloß hierauf am 4. Dezember 1879, es sei dem Leonz Röllin die verlangte Entlassungsurkunde zur Zeit nicht auszuhändigen, indem er sich im Wesentlichen darauf stützt, daß der Gesuchsteller in Folge erblicher Belastung nicht als handlungsfähig betrachtet werden könne, was auch durch einen Brief eines Notars Bullard aus Livingston bewiesen werde, daß er ein verschwenderisches Leben führe, im Kanton Zug unter Vormundschaft stehe, welcher er sich freilich freiwillig, aber nur deßhalb untergeordnet habe, um dadurch der ordentlichen Vormundschaft zu entgehen, und daher seine Entlassuug aus dem Schweizerbürgerrechte, verbunden mit Aushändigung seines Vermögens, schließlich ihm selbst zum größten Nachtheile gereichen werde.

C. Gegen diesen Beschluß beschwerte sich J. L. Röllin beim Bundesgericht; er führt aus, daß ein gesetzlicher Grund, aus welchem ihm die Entlassung aus dem Schweizerbürgerrechte verweigert werden könnte, gar nicht bestehe, daß er niemals unter obrigkeitlicher Vormundschaft im Kanton Zug gestanden habe, vielmehr auch im Kanton Zug handlungsfähig sei, wie sich aus dem amtlichen Zeugniß der Kantonskanzlei von Zug, d. d. 30. Dezember 1879, ergebe, und daß die Gründe der Einsprecher gegen seine Entlassung ganz nichtige und unzuläßige seien. Er stellt den Antrag: Es möge das Bundesgericht, nach Maßgabe des Art. 7 Al. 2 des Bundesgesetzes über die Ertheilung des Schweizerbürgerrechtes und den Verzicht auf dasselbe, erkennen, daß die Verzichtserklärung des Leonz Röllin von Menzingen zuläßig und derselbe daher, auf eigenen Wunsch und nach ausgewiesenem Erwerbe über sein Bürgerrecht in Illinois, aus dem schweizerischen bezw. zugerischen Kantons- und dem Menzinger Gemeindebürgerrechte entlassen sei.

D. In seiner Vernehmlassung stützte sich der Regierungsrath von Zug im Wesentlichen darauf, daß nach seiner moralischen

Ueberzeugung dem Gesuchsteller die Entlassung aus dem Schweizerbürgerrechte zum Nachtheile gereichen und daß er diesen Schritt bald bereuen werde, sowie darauf, daß derselbe, wenn auch vielleicht rechtlich handlungsfähig, doch psychologisch nicht handlungsfähig sei.

Der Bürgerrath von Menzingen betont ebenfalls diese Momente, indem er beifügt, daß Leonz Röllin zwar allerdings nicht unter obrigkeitliche Vormundschaft gestellt worden sei, daß dies aber zweifellos geschehen wäre, wenn er nicht abwesend gewesen wäre.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Nach Art. 6 des Bundesgesetzes vom 3. Heumonat 1876 kann ein Schweizerbürger auf sein Bürgerrecht verzichten, wenn er in der Schweiz kein Domizil mehr besitzt, nach den Gesetzen des Landes, in welchem er wohnt, handlungsfähig ist und das Bürgerrecht eines andern Staates entweder bereits erworben oder doch zugesichert erhalten hat. Wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, so muß der Verzicht entgegengenommen und die Entlassung ausgesprochen werden und es steht den Behörden nicht zu, die Entlassung aus anderweitigen Gründen, als wegen Mangels der gesetzlichen Voraussetzungen zu verweigern. Indem das Gesetz die Auswanderungsfreiheit in dieser Ausdehnung gewährleistet, hat es selbstverständlich jede Verweigerung der Entlassung aus Gründen vorsorglicher Wahrnehmung der Interessen des Ausgewanderten durch die Heimatbehörden ausgeschlossen und den Verzicht auf das schweizerische Bürgerrecht dem freien Entschlusse des einzelnen Bürgers, sofern dieser den gesetzlichen Vorschriften Genüge leistet, anheimgestellt.

2. Es kann nun einem begründeten Zweifel nicht unterliegen, daß im vorliegenden Falle die gesetzlichen Voraussetzungen eines Verzichtes auf das schweizerische Bürgerrecht erfüllt sind, denn J. L. Röllin besitzt unzweifelhaft kein Domizil in der Schweiz, ist nach den Gesetzen seines Wohnortes handlungsfähig, und hat das Bürgerrecht der Vereinigten Staaten von Amerika erworben. Daneben können die gegen die Ertheilung der Entlassung geltend gemachten Gründe, daß Röllin zur Besorgung seiner Ge-

schäfte nicht befähigt sei und die Entlassung daher gegen sein eigenes Interesse verstoße, offenbar nicht in Betracht kommen.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Beschwerde wird als begründet erklärt und es wird demnach, unter Abweisung der eingelangten Einsprachen, die Regierung des Kantons Zug eingeladen, die Entlassung des J. L. Röllin aus dem Kantons- und Gemeindebürgerrechte auszusprechen.

Dritter Abschnitt. — Troisième section.

Konkordate. — Concordats.

Bestimmung und Gewähr von Viehhauptmängeln.
Fixation et garantie des vices redhibitoires du bétail.

In Sachen Henziroß gegen Pury wurde durch Urtheil vom 2. April der Grundsatz (vergl. diese Sammlung I S. 311, II S. 231, III S. 80) festgehalten, daß wegen Verletzung von Konkordaten der staatsrechtliche Rekurs an das Bundesgericht nur insofern statthaft sei, als dieselben als interkantonale Verträge zur Anwendung kommen, nicht dagegen, insofern es sich lediglich um deren Anwendung als Kantonalgesetz im Innern des Kantons handelt.

Vierter Abschnitt. — Quatrième section.

Kantonsverfassungen. — Constitutions cantonales.

I. Kompetenz des Bundesgerichtes.
Compétence du tribunal fédéral.

Siehe Nr. 53 und 56.

44. Urtheil vom 25. Juni 1880 in Sachen Züblin u. Högger und Konsorten.

A. Am 3. Dezember 1879 wurden die Rekurrenten von der st. gallischen Kantonalbank, als Bürgen des James Mayer in St. Gallen, für die Summe von 100 000 Fr. gerichtlich belangt. Sie bestritten die Forderung wegen Nichtschuld und in dem am. 26. Januar l. J. abgehaltenen Vermittelungsvorstande nahmen sie den eidgenössischen Gerichtsstand für sich in Anspruch. Die st. gallische Kantonalbank machte indeß nichtsdestoweniger den Prozeß beim Bezirksgerichte St. Gallen anhängig und letzteres ließ die Rekurrenten am 28. Februar auf 19. März l. J. vor seine Schranken laden.

B. Gegen diese Vorladung führten die Rekurrenten nach Mitgabe des Art. 59 a des Gesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege beim Bundesgerichte Beschwerde. Sie führen aus: Da es sich in dem von der Kantonalbank von St. Gallen gegen sie angestrengten Rechtsstreite unzweifelhaft um eine civilrechtliche Streitigkeit im Betrage von weit über 3000 Fr.

handle, so könne es nach § 27 des Gesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege nicht zweifelhaft sein, daß auf ihr Verlangen, Verweisung der Sache an das Bundesgericht erfolgen müsse, sofern feststehe, daß ein Kanton Prozeßpartei sei, bezw. daß die klägerische Kantonalbank von St. Gallen lediglich eine Abtheilung des kantonalen Fiskus sei. Dies lasse sich nun aber nicht bezweifeln. Denn nach Art. 1 des Gesetzes über Errichtung einer st. gallischen Kantonalbank vom 9. Mai 1867 sei die Bank, auf Rechnung, unter der Verwaltung und Garantie des Staates errichtet worden, und es verfüge nach Art. 23 des cit. Gesetzes der Große Rath über den Reingewinn des Geschäftes; die Beamten und Angestellten der Bank seien Staatsangestellte, was sich klar aus dem Verantwortlichkeitsprozesse des Kantons St. Gallen gegen die Bankverwaltung aus der Periode 73/76, in welchem gegen letztere nach Mitgabe des für die Staatsbeamten geltenden Verantwortlichkeitsgesetzes vom 24. Mai 1833 vorgegangen worden sei, ergebe. Endlich unterliege die Verwaltung der Bankbeamten der Oberaufsicht durch die Regierung und der Prüfung der staatswirthschaftlichen Kommission, gleichwie alle anderen Dikasterien der kantonalen Staatsverwaltung und es habe auch die Kantonalbank selbst in einer Verhandlung vom 23. Januar 1878 gegen James Mayer die Zuständigkeit des Bundesgerichtes anerkannt. Demnach sei es einleuchtend, daß die Entscheidungen des Bundesgerichtes in Sachen Müller gegen Uri vom 19. Dezbr. 1879 und in Sachen Caisse d'amortissement von Freiburg vom 10. Mai 1878 gegen den gegenwärtigen Rekurs nicht angerufen werden können. Demgemäß werde beantragt: das Bundesgericht wolle in Anwendung von Art. 27 Ziffer 4 des angeführten Gesetzes sich zur Beurtheilung des Eingangs bezeichneten Forderungsprozesses für zuständig erklären.

C. In ihrer Vernehmlassung bemerkt die st. gallische Kantonalbank im Wesentlichen: Die Verwaltung der Kantonalbank sei keine unmittelbar in den Staatsorganismus eingefügte Abtheilung der Staatsverwaltung; denn die allerdings vom Großen Rathe gewählte Bankkommission besorge die gesammte Verwaltung der Bank durchaus selbständig; sie wähle den Bankaus-

schuß aus ihrer Mitte, ebenso wähle sie die Bankbeamten und Angestellten, und leite die Geschäfte der Bank, ohne daß gegen ihre Beschlüsse Rekurs an die Regierung zulässig wäre, während sie lediglich der Oberaufsicht der Regierung unterstellt sei. Die Bank betreibe auf ihren eigenen Namen, d. h. unter der Firma st. gallische Kantonalbank, die ihr durch das Bankgesetz zugewiesenen Geschäftszweige; sie habe unter ihrem eigenen Namen beispielsweise für 6 Millionen Banknoten in Umlauf und besitze für beiläufig 23 Millionen Hypothekentitel, während in den Amtsrechnungen des Kantons lediglich das vom Staate der Bank zugewiesene Dotationskapital von 6 Millionen Franken figurire. Sie könne mit dem Staate selbst kontrahiren, wie sich u. A. aus einem zwischen ihr und der Regierung des Kantons St. Gallen unterm 27. Juli 1868 betreffend die Uebertragung des Geldverkehrs der Staatskasse an die Kantonalbank abgeschlossenen Vertrage ergebe. Die Kantonalbank sei also ein selbständiges Institut mit besonderer juristischer Persönlichkeit, woran der Umstand, daß sie vom Staate dotirt sei und unter staatlicher Oberaufsicht stehe, sowie daß ein Theil des Jahresgewinnes an die Staatskasse abzugeben sei, nichts ändern könne. Endlich seien die Bürgschaftsurkunde, sowie der Vertrag mit James Mayer, aus welchen geklagt werde, ausdrücklich der Kantonalbank gegenüber ausgestellt, und bisher alle Verfügungen in dieser Sache ohne Einspruch auf den Namen der Kantonalbank ergangen. Wenn die Kantonalbank in einem anderweitigen Prozesse mit James Mayer die Erklärung abgegeben habe, sie wolle und zwar speziell im Interesse rascherer Sacherledigung nichts dagegen einwenden, daß der Fall dem Entscheide des Bundesgerichtes unterstellt werde, so liege in dem Wortlaute der Erklärung selbst, daß letzteres nur als forum prorogatum anerkannt worden sei. Demnach werde Abweisung der Beschwerde beantragt.

D. Der Regierungsrath des Kantons St. Gallen, welchem Beschwerde und Vernehmlassung zur Ansichtsäußerung zugesandt wurden, erklärte, daß er sich, in Uebereinstimmung mit dem in der Vernehmlassung entwickelten Standpunkte, wonach die Kantonalbank ein besonderes Rechtssubjekt sei, zur Einmischung in den obschwebenden Prozeß nicht für befugt erachte.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Wie das Bundesgericht bereits in einer Mehrzahl von Entscheidungen ausgesprochen und angewendet hat (vgl. Urtheil in Sachen Romont gegen Freiburg, betreffend kantonale Schuldentilgungskasse, Entsch. IV S. 290, i. S. A. Müller gegen Kanton Uri, betr. urnersche Kantonalersparnißkasse, vom 19. Dezember 1879, Entsch. V S. 606 i. S. Masse Gredig gegen graubündnerische Kantonalbank vom 14. Februar 1880, Entsch. VI S. 56), ist das wesentliche Merkmal der juristischen Persönlichkeit einer Anstalt ihre Ausstattung mit selbständiger Rechts- bezw. Vermögensfähigkeit und kann eine Anstalt, insbesondere ein Bankinstitut, welchem selbständige Rechtsfähigkeit zukommt, welches namentlich im Verkehr als besonderes Rechtssubjekt auftritt und anerkannt wird, nicht um deßwillen als bloße statio fisci bezeichnet werden, weil sie vom Staate begründet und dotirt worden ist, auf Rechnung des Staates betrieben wird und als öffentliches und im öffentlichen Interesse begründetes Institut unter der Oberaufsicht der Staatsbehörden steht.

2. An diesen Grundsätzen muß auch heute festgehalten werden und es müssen dieselben zur Verwerfung des Rekurses führen. Denn es kann nicht daran gezweifelt werden, daß die st. gallische Kantonalbank, in ganz analoger Weise wie diejenigen Bankanstalten, über deren juristischen Charakter das Bundesgericht bereits entschieden hat, eigenes, vom Staatsvermögen ausgeschiedenes, Vermögen besitzt, wie schon daraus hervorgeht, daß in der Staatsrechnung des Kantons unter den Aktiven lediglich das Dotationskapital der Bank, nicht dagegen das effektive Vermögen der Bank erscheint, daß sie ferner in ganz gleicher Weise wie die erwähnten anderen Bankinstitute die ihr durch das Bankgesetz zugewiesenen Geschäfte auf ihren eigenen Namen und nicht auf denjenigen des Staates betreibt, also selbständig Rechte erwirbt und Verbindlichkeiten eingeht und auch, wie aus dem angeführten Vertrage zwischen der Regierung und der Bankverwaltung vom 27. Juli 1868 hervorgeht, mit dem Staate als mit einem dritten Rechtsgeschäfte abschließt. Wenn sich die Impetranten dem gegenüber darauf berufen haben, daß Art. 2 des Bankgesetzes bestimme, die Bank werde auf Rechnung, un-

ter der Verwaltung und Garantie des Staates betrieben, woraus sich ergebe, daß der Staat unmittelbar selbst das Bankgeschäft betreibe, so ist darauf zu erwidern, daß wenn auch dem Staate bezw. den politischen Behörden desselben gewisse Oberaufsichtsrechte gegenüber der Bankverwaltung zustehen, doch die Verwaltung der Bank, wie sich aus der Gesammtheit der Bestimmungen des Gesetzes ergiebt, im Wesentlichen ausschließlich durch die besondern Bankbehörden (Bankkommission und Bankausschuß) geleitet wird, der Geschäftskreis ein von demjenigen der politischen Staatsbehörden völlig ausgeschiedener ist, und daß die Oberaufsichtsrechte des Staates für die Frage, wer als Inhaber des Bankgeschäftes erscheine, nicht in Betracht kommen können, vielmehr darüber der Umstand, auf wessen Namen das Geschäft betrieben wird, entscheidet. Ebensowenig kann darauf Gewicht gelegt werden, daß der Kanton St. Gallen gegen die Mitglieder der Bankkommission für die Periode 73/76 einen Verantwortlichkeitsprozeß nach den für Staatsbeamte geltenden Grundsätzen angestrengt hat, denn im fraglichen Prozesse wurde die Frage der Zulässigkeit dieses Verfahrens gar nicht aufgeworfen und es war, da der Staat St. Gallen unmittelbar selbst als Kläger aufgetreten war, das Bundesgericht nicht in der Lage, sich über den Rechtscharakter der Bank auszusprechen. Davon endlich, daß die st. gallische Kantonalbank in einem frühern Prozesse ihre Identität mit dem Staate anerkannt habe, kann, abgesehen davon, daß einer solchen Anerkennung rechtliche Bedeutung für den vorliegenden Fall nicht beizumessen wäre, angesichts des Wortlautes der betreffenden von der Kantonalbank abgegebenen Erklärung, keine Rede sein.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen, beziehungsweise das Bundesgericht erklärt sich als inkompetent, den in Frage stehenden Prozeß an die Hand zu nehmen.

II. Uebergriffe in das Gebiet der richterlichen Gewalt.
Empiétements dans le domaine du pouvoir judiciaire.

45. Urtheil vom 8. Mai 1880 in Sachen Bezirksgericht Oberegg und Konsorten.

A. Am 31. Januar 1879 hatte die Standeskommission des Kantons Appenzell J.-Rh. beschlossen, da Klagen darüber eingegangen seien, es werde das Lotterieunwesen in Oberegg und auch in Appenzell selbst entgegen dem bestimmten Verbote der kantonalen Polizeiverordnung in ziemlichem Umfange betrieben, die kantonale Verhörkommission zu beauftragen, „über das Lotteriekollektenwesen im Allgemeinen einen eingehenden Untersuch anzubahnen." Gleichzeitig wurden zwei als Lotteriekollekteure angezeigte Personen, Peter Kolb in Appenzell und Rathsherr Kellenberger zur Sonne in Oberegg, direkt der Verhörkommission überwiesen. Dieser Beschluß wurde in üblicher Weise bekannt gemacht.

B. Die Verhörkommission gab diesem Auftrage Folge; in Folge der von ihr eingeleiteten Untersuchung wurde Peter Kolb in Appenzell durch Urtheil des Kantonsgerichtes von Appenzell J.-Rh. vom 16. Oktober 1879 wegen Uebertretung des Art. 35 der Polizeiverordnung zu 500 Fr. Buße verurtheilt; im Fernern wurde die Untersuchung eingeleitet gegen den durch den Beschluß der Standeskommission ebenfalls der Verhörkommission überwiesenen Rathsherrn Kellenberger und die Rekurrenten, Kantonsrichter Wilhelm Locher und Bezirksschreiber Karl Bänziger, gegen welche die dringendsten Verdachtsgründe, daß sie das Lotteriespiel als Kollekteure für eigene Rechnung (sog. Kaiser) in größerem Umfange betreiben, sich ergeben hatten. Sowohl Kellenberger als später auch die Rekurrenten Locher und Bänziger erschienen nun aber vor dem Bezirksgericht Oberegg und erklärten sich des Lotteriespiels für schuldig; nachdem ursprünglich das Bezirksgericht in dem Fall Kellenberger sich für unzuständig er-

klärt und beschlossen hatte, denselben dem Kantonsgerichte zur Aburtheilung zu überweisen, kam es nachträglich auf diesen Beschluß wieder zurück und verurtheilte den Kellenberger zu einer Buße von 50 Fr.; ebenso verurtheilte es später durch Urtheile vom 16. Oktober 1879 die beiden Rekurrenten Wilhelm Locher und Karl Bänziger zu einer Buße von je 50 Fr., obschon zwei Mitglieder des Gerichtes gegen deren Beurtheilung durch das Bezirksgericht mit Rücksicht auf die bereits von der Verhörkommission eingeleitete Untersuchung protestirten. Dabei war es, wie aus den Protokollen des Gerichtes sich ergibt, einverstanden, daß, neben der Buße, jeder der Verurtheilten „freiwillig" eine gewisse Summe, — Kellenberger 500 Fr., Locher 300 Fr. und Bänziger 200 Fr., — zu Gunsten der Gemeindekasse bezahle, und es scheinen hierüber, wie aus den Aussagen Kellenbergers vor der Verhörkommission sich ergibt, Unterhandlungen zwischen dem Gerichte und den Parteien stattgefunden zu haben.

C. Trotz dem Urtheile des Bezirksgerichtes setzte indeß die Verhörkommission die Untersuchung gegen Kellenberger fort und die Standeskommission beschloß am 10. Februar 1879: Das in dieser Sache vom Bezirksgerichte Oberegg beobachtete Verfahren werde „als gänzlich unzuläßig erklärt," ohne daß hiegegen Rekurs ergriffen worden wäre. Nachdem auch die gegen die Rekurrenten Locher und Bänziger ausgefällten Urtheile der Standeskommission zur Kenntniß gekommen waren, forderte dieselbe durch Beschluß vom 25. Oktober 1879 das Bezirksgericht Oberegg, gestützt darauf, daß dieses mit Rücksicht auf die bereits durch die Verhörkommission eingeleitete Untersuchung keineswegs berechtigt gewesen sei, diese Straffälle an die Hand zu nehmen und daß übrigens dieselben überhaupt nicht in die Kompetenz des Bezirksgerichtes fallen, zur Vernehmlassung über das beobachtete Vorgehen auf. Nach Einlangen dieser Vernehmlassung, in welcher u. A. behauptet wird, daß das Gericht von dem bereits durch die Verhörkommission eingeleiteten allgemeinen Untersuche gegen die Lotteriekollekteure keine offizielle und davon, daß derselbe auch auf Locher und Bänziger ausgedehnt werden solle, gar keine Kenntniß gehabt habe, übrigens in Sachen kompetent gewesen sei, beschloß die Standeskommission am 25. November 1879: Es seien

die Strafurtheile gegen Locher und Bänziger vom 16. Oktober 1879 kassirt.

D. Gegen diesen Beschluß ergriff das Bezirksgericht Oberegg den Rekurs an das Bundesgericht, welchem Rekurse sich auch die beiden Verurtheilten Locher und Bänziger angeschlossen haben. In der Rekursschrift wird ausgeführt, daß nach Art. 38 und 41 der Kantonsverfassung die Bezirksgerichte in allen Polizei- und Straffällen bis 50 Fr. erst- und letztinstanzlich zu entscheiden haben, und die fraglichen Urtheile in Anwendung dieser verfassungsmäßigen Kompetenz, sowie des Art. 35 der Polizeiverordnung, wonach das Lotteriespiel mit einer Buße von 20—1000 Fr. bedroht sei, erlassen und auch rechtskräftig geworden seien, daß sodann nach der appenzellischen Verfassung der Standeskommission jede richterliche Kompetenz mangle und dieselbe als Administrativbehörde keineswegs befugt sei, richterliche, rechtskräftig gewordene Urtheile zu kassiren. In ihrem diesfälligen Beschlusse liege eine Verletzung des Grundsatzes, daß Niemand seinem verfassungsmäßigen Richter entzogen werden dürfe, sowie der Art. 50, 38 und 41 der Kantonalverfassung, welche von den Kompetenzen der Bezirksgerichte und der Standeskommission handle.

E. Die Standeskommission des Kantons-Appenzell J.-Rh. trägt auf Abweisung des Rekurses an, indem sie, unter eingehender Darlegung des Sachverhaltes, ausführt, daß die Beurtheilung der in Frage liegenden Straffälle nicht in die Kompetenz des Bezirksgerichtes, sondern in diejenige des Kantonsgerichtes falle und daß es ihr Recht und ihre Pflicht als Aufsichtsbehörde gewesen sei, unter Aufhebung der inkompetent erlassenen bezirksgerichtlichen Urtheile dafür Sorge zu tragen, daß die Angeschuldigten vor den verfassungsmäßig wirklich zuständigen Richter gestellt und nicht durch ein gänzlich unregelmäßiges Verfahren demselben entzogen werden.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Nach Art. 59 des Gesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege beurtheilt das Bundesgericht Beschwerden von Privaten und Korporationen wegen Verletzung verfassungsmäßiger Rechte durch kantonale Behörden. Das Bezirksgericht Oberegg

ist nun aber weder eine Vereinigung von Privaten, noch, — jedenfalls soweit es die hier in Frage liegenden Rechte anbelangt, — eine Korporation, sondern eine öffentliche Behörde, d. h. ein Staatsorgan, welches lediglich die Hoheitsrechte des Staates, keineswegs dagegen Befugnisse, welche ihm als besondere Rechtssubjekte zu eigenem Rechte zuständen, auszuüben hat. Demnach ist dasselbe offenbar zum Rekurse nicht legitimirt.

2. Was sodann die Beschwerde der Rekurrenten Locher und Bänziger anbelangt, so beruht dieselbe auf einem doppelten Fundament: Erstens behaupten dieselben, daß sie durch den angefochtenen Beschluß der Standeskommission des Kantons Appenzell J.-Rh. ihrem verfassungsmäßigen Richter entzogen werden, und sodann wird ausgeführt, daß der fragliche Beschluß der Standeskommission einen ungerechtfertigten Eingriff der Verwaltungsbehörde in das Gebiet der richterlichen Gewalt enthalte.

In beiden Richtungen erscheint der Rekurs aber als unbegründet.

3. Es war nämlich das Bezirksgericht zu Aburtheilung der beiden in Frage stehenden Straffälle offenbar nicht kompetent. Denn nach Art. 38 und 41 der Verfassung des Kantons Appenzell J.-Rh. urtheilt das Bezirksgericht erst- und letztinstanzlich in allen Polizei- und Straffällen, die eine Geldstrafe bis 50 Fr. oder eine Freiheitsstrafe bis zu einem halben Jahre betreffen, während für alle schwereren Straffälle das Kantonsgericht ausschließlich zuständig ist. Nach Art. 35 der kantonalen Polizeiverordnung sodann wird „alles Legen in Lotterien, ganz besonders aber alles Feilbieten von in- und ausländischen Lotterieloosen, das Kollektiren für Lotterien, sowie das Halten von Lotterien" mit einer Buße von 20—1000 Fr., daneben fakultativ mit Gefängniß bedroht. Nun bestimmt sich die Kompetenz des Gerichtes wohl nach dem gesetzlichen Höchstbetrage der angedrohten Strafe, so daß das Bezirksgericht nur in denjenigen Fällen zuständig ist, in welchen eine Geldstrafe von nicht über 50 Fr. oder eine Freiheitsstrafe von nicht über einem halben Jahre gesetzlich angedroht ist, so daß das Bezirksgericht überhaupt zur Aburtheilung von Vergehen wider Art. 35 der Polizeiverordnung nicht kompetent ist. Auch angenommen übrigens, wovon die appen-

zellischen Behörden allerdings auszugehen scheinen, die Kompetenz des Gerichtes bestimme sich nicht nach dem Höchstbetrage der im Gesetze angedrohten, sondern nach der im konkreten Falle zu erkennenden Strafe, so ist jedenfalls klar, daß das Bezirksgericht als Strafgericht unterer Ordnung nicht berechtigt war, über seine Kompetenz selbst definitiv zu entscheiden und sich der in Frage stehenden Straffälle, welche ihm von der Untersuchungsbehörde nicht zugewiesen waren, sondern in Beziehung auf welche die kompetente Behörde vielmehr bereits Untersuchung eingeleitet hatte, um sie dem Kantonsgerichte zur Aburtheilung zuzuweisen, zu bemächtigen, um so weniger als es sich offensichtlich um Straffälle handelt, in welchen nach der Absicht des Gesetzgebers jedenfalls auf eine die Strafkompetenz des Bezirksgerichtes übersteigende Strafe zu erkennen ist.

4. Es kann demnach davon keine Rede sein, daß die Rekurrenten Locher und Bänziger durch den angefochtenen Beschluß der Standeskommission ihrem verfassungsmäßig zuständigen Richter entzogen worden seien, vielmehr bezweckt dieser Beschluß gerade, dieselben dem verfassungsmäßig allein zuständigen Richter, dem Kantonsgerichte, zu überweisen. Die Standeskommission war nun als Justizverwaltungs- und Aufsichtsbehörde, welcher bei dem Mangel einer besondern Staatsanwaltschaft auch die Funktionen einer Anklagebehörde zukommen müssen, jedenfalls befugt, die Stellung der Rekurrenten Locher und Bänziger vor den verfassungsmäßig allein zuständigen Richter und demnach die Vernichtung der inkompetent erlassenen bezirksgerichtlichen Strafurtheile zu betreiben. Zweifelhaft mag dabei sein, ob die Standeskommission die Kassation der fraglichen Urtheile von sich aus auszusprechen oder dieselbe beim Kantonsgerichte, welchem übrigens die Kantonalverfassung nirgends ausdrücklich die Befugniß zur Kassation von bezirksgerichtlichen Urtheilen, im Betreff welcher Nichtigkeitsgründe vorliegen, vorbehält, zu beantragen hatte. Jedenfalls aber wurde durch den fraglichen Beschluß der Standeskommission materiell kein verfassungsmäßiges Recht der Rekurrenten verletzt und von einer Aufhebung der von ihr getroffenen Verfügung kann um so weniger die Rede sein, als in der Sache selbst das, auf offenbarer Konnivenz mit den Angeklagten

beruhende und gänzlich unwürdige und gesetzwidrige Vorgehen des Bezirksgerichtes der Aufsichtsbehörde nur zu begründeten Anlaß zum Einschreiten gab.

5. Letzterer Umstand rechtfertigt es auch, den Rekurrenten Locher und Bänziger eine Gerichtsgebühr aufzuerlegen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Der Rekurs wird als unbegründet abgewiesen.

III. Anderweitige Eingriffe in garantirte Rechte. Atteintes portées à d'autres droits garantis.

46. Urtheil vom 8. Mai 1880 in Sachen Winiger.

A. Durch Entscheidung des Bundesgerichtes vom 25. Mai 1878[1] wurde Anna Winiger, geb. Peter, mit einem gegen einen Beschluß der Kriminal- und Anklagekammer des luzernischen Obergerichtes vom 8. Dezember 1877, durch welchen eine auf ihre Klage hin eingeleitete Strafuntersuchung wegen widerrechtlicher Verhaftung gegen J. Lang, gew. Vicestatthalter in Hochdorf, Bezirksrichter Isenegger in Fernen, Gemeindrathspräsidenten Schmid und Landjägerwachtmeister Häfliger unter theilweiser Ueberbindung der Kosten an die Anzeigerin aufgehoben worden war, gerichteten Rekurse, in welchem sie Aufhebung der Kostenüberbindung, sowie Zuerkennung einer Entschädigung für den ungesetzlichen Verhaft verlangt hatte, abgewiesen; dabei war in den Entscheidungsgründen ausgesprochen, daß, was die Schadensersatzforderung gegen Lang und Isenegger anbelange, dieselbe nicht auf dem Wege des staatsrechtlichen Rekurses, sondern nur vermittelst einer Civilklage zum gerichtlichen Entscheide gebracht werden könne.

B. Anna Winiger, geb. Peter, klagte nun wirklich vor den zuständigen luzernischen Gerichten gegen Joh. Lang, alt Vicestatthalter von Hochdorf wegen ungesetzlicher Haft von fünf Tagen eine Entschädigung von 5543 Fr. 80 Cts., 1000 Fr. Ent-

[1] Nicht abgedruckt.

schädigung für jeden Tag Haft und 543 Fr. 80 Cts. Ersatz der gehabten Auslagen, ein. Durch Urtheil des Obergerichtes des Kantons Luzern vom 12. Dezember 1879 wurde über die Klage letztinstanzlich erkannt: 1) Beklagter sei gehalten, an die klägerische Forderung von 5543 Fr. 80 Cts. einen Betrag von 10 Fr. zu bezahlen, mit der Mehrforderung sei Klägerin abgewiesen. 2) In erster Instanz habe Beklagter seine persönlichen Parteikosten, sowie die Kosten seines Anwaltes an sich selbst zu tragen; übrige Kosten fallen der Klägerin auf. In zweiter Instanz haben die Parteien die Judizialien zu gleichen Theilen und die übrigen Kosten beiderseits an sich zu tragen. Beklagter habe demnach an Klägerin pr. Antheil bezahlte Rezeßkosten 11 Fr. 75 Cts. zu vergüten.

C. Gegen dieses Urtheil ergriff die Klägerin den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht. In ihrer Rekursschrift stellt sie die Anträge: Das Bundesgericht wolle 1) in Umänderung des rekurrirten Urtheils den Beklagten J. Lang zu Bezahlung der geforderten Entschädigung von 5543 Fr. 80 Cts. und zur Tragung sämmtlicher Kosten verfällen, resp. die Sache an das Obergericht des Kantons Luzern zurückweisen mit dem Auftrage, das Urtheil dahin umzuändern, daß die Klägerin im genannten Sinne voll entschädigt werde. 2) Die Kosten des Rekurses dem J. Lang auflegen. Zur Begründung wird, indem in thatsächlicher Beziehung auf die Akten und die Sachdarstellung des frühern bundesgerichtlichen Entscheides verwiesen wird, angeführt: Art. 5 der luzernischen Kantonsverfassung bestimme, daß Niemand gerichtlich verfolgt oder verhaftet werden dürfe außer in den im Gesetze vorgesehenen Fällen und auf die im Gesetze vorgeschriebene Weise, eine ungesetzliche Verhaftung gebe dem Betreffenden Anspruch auf volle Entschädigung. Diese Bestimmung der Verfassung werde nun durch das angefochtene Urtheil verletzt; denn dasselbe gewähre der Klägerin keineswegs volle Entschädigung für die von ihr erlittenen Nachtheile. In faktischer Beziehung würdige dasselbe verschiedene thatsächliche Momente in durchaus unrichtiger Weise. Vorerst sei es, wie des näheren ausgeführt wird, unrichtig, daß die vom Statthalteramt Hochdorf angeordnete Vorführung der Rekurrentin nach

Hochdorf eine gerechtfertigte und durch die Verhältnisse gebotene Maßregel gewesen sei, vielmehr erscheine die daherige Anordnung als durchaus ungesetzlich, da die Rekurrentin keineswegs Angeschuldigte gewesen sei, sondern bloß als Zeugin habe zitirt werden können, gegen Zeugen aber ein Vorführungsbefehl nach Art. 151 Abs. 1 des Strafrechtsverfahrens nur erlassen werden dürfe, wenn sie einer Vorladung nicht Folge leisten, was hier keineswegs der Fall gewesen sei. Uebrigens sei diese Maßregel nicht nur eine Vorführung, sondern eine eigentliche und zwar durchaus ungerechtfertigte und ungesetzliche Verhaftung gewesen, wie sich aus dem ersten Telegramm des Statthalteramtes Hochdorf an den Amtsstatthalter von Luzern ergebe, an welchem durch das zweite Telegramm dieser Amtsstelle, welches zwar das Wort „Verhaftung" nicht mehr enthalte, sachlich nichts geändert worden sei. Ferner sei es unrichtig, daß der gew. Vicestatthalter Lang nicht für den Transport der Klägerin nach Blasenberg verantwortlich sei, denn es sei schon die Uebergabe der Klägerin an den Vogt Isenegger, angesichts der von der Obervormundschaftsbehörde angeordneten Sistirung der Maßnahmen des Gemeinderathes von Lieli, eine durchaus ungerechtfertigte Maßregel gewesen und der Vicestatthalter habe übrigens, wie sich aus den Umständen zweifellos ergebe, darum gewußt, daß Vogt Isenegger die Rekurrentin nicht nach Luzern bringen, sondern nach Blasenberg transportiren wolle, er sei also Mitschuldiger an diesem Transporte beziehungsweise der aus demselben resultirenden ungerechtfertigten Freiheitsberaubung. Durchaus unstichhaltig seien endlich die Ausführungen des obergerichtlichen Urtheils in Beziehung auf die Kosten, wie des näheren ausgeführt wird. Die der Klägerin zugesprochene Entschädigung von 10 Fr. könne höchstens als ein Rekognitionszins der Entschädigung, keineswegs als eine volle Entschädigung im Sinne der Verfassung betrachtet werden; denn eine volle Entschädigung müsse vorab Ersatz für alle Kosten, welche der Rekurrentin durch die ungesetzliche und willkürliche Verhaftung erwachsen seien, und welche sich ausgewiesenermaßen auf 543 Fr. 80 Cts. belaufen, sodann Ersatz für das negative Interesse gewähren, das die Klägerin daran gehabt habe, nicht verhaftet zu

werden und nicht gefangen zu sein, sowie für die körperlichen und geistigen Unannehmlichkeiten und die Schmerzen, welche die Verhaftung ihr verursachte, wobei in Betracht komme, daß die Rekurrentin eine ältere, schwächliche Frau sei, daß ihre Verhaftung gerade auf das Osterfest gefallen sei und daß die Klägerin in Folge der ausgestandenen Aufregung zwei Tage das Bett habe hüten müssen. Endlich müsse eine volle Entschädigung natürlich auch alle Kosten umfassen, welche ihre Ausmittelung gegenüber dem Entschädigungspflichtigen verursache, und das Urtheil des luzernischen Obergerichtes verstoße also auch insofern gegen den Art. 5 der Kantonsverfassung, als es der Klägerin Advokatur- und Gerichtskosten überbinde.

D. Johann Lang, gew. Vicestatthalter in Hochdorf, welchem der Rekurs durch Vermittlung des Obergerichtes des Kantons Luzern zur Vernehmlassung mitgetheilt wurde, trägt darauf an, die Rekurrentin sei mit allen Begehren unter Kostenfolge abzuweisen, indem er zur Begründung anführt: Die Rekurrentin habe das Rechtsmittel des staatsrechtlichen Rekurses ergriffen; sie habe aber den grundsätzlichen Boden dieses Rechtsmittels, durch welches lediglich Aufhebung einer kantonalen Verfügung wegen Verfassungsverletzung verlangt werden könne, verlassen und ein rein civilrechtliches Entschädigungsbegehren gestellt, zu dessen Beurtheilung das Bundesgericht nicht kompetent sei. Im Urtheil des luzernischen Obergerichts, gegen welches die Beschwerde einzig gerichtet sei und gerichtet sein könne, liege übrigens eine Verfassungsverletzung nicht, denn das Obergericht habe jedenfalls die Rekurrentin nicht in ungesetzlicher Weise verhaften lassen, gegentheils ihr eine, nach seinem Ermessen, volle Entschädigung zugesprochen. In eine Prüfung der Frage, ob das Obergericht bei Ausmessung der Entschädigung wohl oder übel geurtheilt habe, oder gar in eine Untersuchung der Kostenrechnungen könne jedenfalls das Bundesgericht nicht eintreten. Uebrigens sei materiell zu bemerken, daß die vom Statthalteramt Hochdorf angeordnete polizeiliche Vorführung der Rekurrentin gar nicht zur Ausführung gelangt sei, da der Amtsstatthalter von Luzern es derselben überlassen habe, sich im Begleite ihres Anwaltes nach Hochdorf zu verfügen und daß jedenfalls der

Viceamtsstatthalter für nichts anderes verantwortlich gemacht werden könne, als für die Detention der Rekurrentin in Hochdorf vom 31. März 1877 Abends bis 1. April Mittags, wo sie ihrem gesetzlichen Vogte übergeben worden sei.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Rekurrentin behauptet, durch den angefochtenen Entscheid des luzernischen Obergerichtes in ihren verfassungsmäßigen Rechten verletzt zu sein. Das Bundesgericht ist demnach zur Beurtheilung ihrer Beschwerde nach § 59 litt. a des Bundesgesetzes über Organisation der Bundesrechtspflege formell kompetent.

2. Es ist nun aber zu bemerken, wie bereits in dem hierseitigen Entscheide vom 25. Mai 1878 Erw. 3 ausgesprochen ist, daß eine Schadensersatzforderung wegen gesetzwidriger Verhaftung gegen einen Beamten und beziehungsweise den Staat eine rein privatrechtliche Forderung ist und daß daher über deren Existenz und Umfang nicht durch das Bundesgericht als Staatsgerichtshof, sondern nur durch die zuständigen Civilgerichte entschieden werden kann. Demnach kann es sich jedenfalls in gegenwärtiger Instanz nicht darum handeln, zu entscheiden, ob und in welchem Umfange der Rekursgegner der Rekurrentin gegenüber schadensersatzpflichtig sei, ob und inwiefern daher das luzernische Obergericht in der Sache selbst richtig geurtheilt habe, sondern es kann nur geprüft werden, ob das Urtheil des luzernischen Obergerichtes ein der Rekurrentin verfassungsmäßig gewährleistetes Recht verletze und daher der Vernichtung unterliege.

3. Rekurrentin beruft sich in dieser Richtung darauf, daß nach Art. 5 Lemma 4 der luzernischen Kantonsverfassung jedem gesetzwidrig Verhafteten ein Anspruch auf volle Entschädigung zustehe, während das angefochtene Urtheil ihr, trotzdem sie, wie auch das Obergericht theilweise anerkenne, gesetzwidrig in Haft gesetzt worden sei, keine vollständige, sondern nur eine absolut ungenügende Entschädigung gewähre, so daß sie in ihrem verfassungsmäßigen Rechte auf volle Entschädigung verkürzt sei.

4. Nach Art. 5 Lemma 4 der luzernischen Kantonsverfassung nun, welcher ausspricht, daß der gesetzwidrig Verhaftete ein Recht auf volle Entschädigung habe, ist der Staat unzweifel-

haft verpflichtet, dieses Recht als ein verfassungsmäßig gewährleistetes Privatrecht anzuerkennen und zu schützen. Er darf dasselbe in keiner Weise durch gesetzgeberische oder Verwaltungsanordnungen im Interesse des Schutzes der Beamten u. dergl. beschränken, sondern ist im Gegentheil verpflichtet, demselben den gleichen gerichtlichen Schutz wie anderen privatrechtlichen Ansprüchen angedeihen zu lassen. Die Bedeutung dieser verfassungsmäßigen Gewährleistung liegt also darin, daß dem Verletzten für seinen Anspruch auf vollständige Entschädigung der ordentliche Rechtsweg eröffnet und er bei demselben nach Maßgabe des Spruches der zuständigen Gerichte zu schützen ist. Sowenig dagegen, wie das Bundesgericht bereits mehrfach ausgesprochen hat, eine gerichtliche Entscheidung über anderweitige privatrechtliche Ansprüche wegen Verletzung der Garantie der wohlerworbenen Rechte durch staatsrechtlichen Rekurs als unrichtig angefochten werden kann, so wenig kann regelmäßig eine gerichtliche Entscheidung über Schadensersatzansprüche aus gesetzwidriger Verhaftung wegen Verletzung des in Frage stehenden konstitutionellen Grundsatzes auf diesem Wege angegriffen werden. Nur dann könnte von einem staatsrechtlichen Rekurse gegen ein diesbezügliches gerichtliches Urtheil die Rede sein, wenn das Gericht den verfassungsmäßigen Grundsatz in willkürlicher Weise bei Seite gesetzt, entweder direkt verletzt oder umgangen hätte.

5. Dies trifft aber im vorliegenden Falle nicht zu. Denn die Auffassung des luzernischen Obergerichts über den Umfang der Verantwortlichkeit des Rekursgegners kann nicht als eine offenbar aktenwidrige und willkürliche bezeichnet und ebensowenig mit Rücksicht auf die geringe Dauer der Haft und die übrigen Umstände des Falles die gesprochene Entschädigung, wenn dieselbe auch allerdings nicht reichlich bemessen ist, als eine bloß scheinbare qualifizirt werden. Von einer Aufhebung des rekurrirten Urtheils wegen Verfassungswidrigkeit kann also in der Hauptsache nicht die Rede sein.

6. Fraglich kann nur erscheinen, ob nicht in der theilweisen Auferlegung der Kosten an die Rekurrentin eine Verfassungsverletzung liege; da, wie das Bundesgericht schon in Sachen Wicki (Entscheidungen, amtl. Sammlung II S. 468 Erw. 7)

ausgesprochen hat, derjenigen Person, welche sich mit Recht über die Verletzung einer Verfassungsbestimmung beschwert, die hierüber erlaufenen Kosten nicht überbunden werden dürfen. Allein mit Rücksicht darauf, daß allerdings die Rekurrentin durch ihre augenscheinlich in hohem Maße übersetzte Forderung und die Ausdehnung, welche sie dem Prozesse gegeben hat, die erwachsenen Kosten mit verursachte, ist auch diese Frage zu verneinen.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird als unbegründet abgewiesen.

Fünfter Abschnitt. — Cinquième section.

Staatsverträge der Schweiz mit dem Ausland.

Traités de la Suisse avec l'étranger.

I. Staatsverträge über civilrechtliche Verhältnisse.

Rapports du droit civil.

Vertrag mit Frankreich vom 15. Juni 1869.
Traité avec la France du 15 juin 1869.

Siehe Nr. 37.

II. Auslieferung. — Extradition.

Vertrag mit Italien. — Traité avec l'Italie.

47. Arrêt du 11 Juin 1880 dans la cause Tafani.

Les assises de Lucques ont condamné successivement par contumace, par deux arrêts rendus séparément les 17 Mai 1878 et 6 Août 1879, à dix ans de maison de force les conjoints Emilio Tafani et Ifigenia née Irediani, comme coupables de banqueroute frauduleuse, crime prévu à l'art. 703 du Code de commerce, et réprimé à l'art. 409 du Code pénal toscan.

Par note du 9 Mars 1880, le Ministre d'Italie en Suisse demande au Conseil fédéral l'arrestation et l'extradition de ces deux condamnés, actuellement à Lugano, où le mari tient,

sous le faux nom de Giovanni Montero de Gênes, une boutique de charcuterie conduite par son fils.

Emilio Tafani fut arrêté et incarcéré dans les prisons de Lugano le 14 Mars, mais sa femme, absente, ne put être atteinte ; le détenu n'a point contesté son identité.

Tafani proteste contre l'extradition demandée, en alléguant son origine suisse, comme bourgeois de la commune tessinoise de Gravesano. A l'appui de cette prétention, il produit une déclaration de la Municipalité de cette commune, signée par un conseiller municipal pour le syndic absent, et par le secrétaire, portant que cette autorité, ensuite des informations par elle prises et des pièces produites, reconnaît Emilio Tafani, fils de Gaspard, et petit-fils de Vincent, comme ressortissant et bourgeois de Gravesano.

A l'appui de cette décision, la dite Municipalité invoque surtout 1° deux extraits de baptême, l'un émané de la paroisse de Borgo a Buggiano, d'où il appert que Emilio Tito Mazzocello, fils de Gaspard, fils de feu Vincent Tafani, né le 15 Septembre 1837, a été baptisé dans l'église de Saint-Paul, dans la dite paroisse, et l'autre, délivré par la paroisse de Stignano, commune de Buggiano, d'où il résulte que le 6 Août 1794 est né et a été baptisé dans l'église du dit lieu Gaspard fils de Vincent Tafani et de Marie Martini. 2° Un extrait des registres de la paroisse de Saint-Pierre de Gravesano, établissant la naissance, au dit lieu, le 29 Mai 1751, de Vincent fils d'Antoine et de Joannina de Tafanis.

Par note du 31 Mai 1880, le Ministre d'Italie en Suisse insiste sur l'extradition demandée, et produit de nouvelles pièces d'où il résulte : *a*) que Tafani est né en Italie ainsi que son père, *b*) qu'il y a rempli les devoirs militaires qui incombent aux sujets italiens, *c*) qu'il y a exercé les droits politiques et administratifs, droits dont il n'a été privé qu'à la suite de sa condamnation pour banqueroute frauduleuse. La note ajoute qu'il ne saurait suffire, dans cette position, à Tafani, d'invoquer une prétendue naturalité suisse pour se soustraire à la justice de son pays, à laquelle il a à rendre compte de ses actes criminels.

Le Département fédéral de Justice et Police ayant été nanti d'un recours de Tafani daté du 27 Mai 1880, tendant à être mis en état de liberté provisoire sous caution, le gouvernement du Tessin, par dépêche du 1er Juin suivant, prie l'autorité exécutive fédérale de suspendre sa décision sur cette requête, attendu que le Conseil d'Etat avait ordonné une enquête relativement à la validité et l'authenticité de l'acte de bourgeoisie délivré par la Municipalité de Gravesano, en faveur de Tafani.

Par office du 4 Juin écoulé, le Conseil d'Etat du Tessin communique au Conseil fédéral le résultat de cette enquête, et déclare que l'acte d'origine dont il s'agit doit être considéré non seulement comme irrégulier et sans fondement, mais encore comme évidemment sans valeur et sans effet; qu'il doit dès lors être tenu pour nul, comme s'appuyant sur une pièce gravement suspecte d'origine délictueuse, et sur une falsification de registres, délit dont la poursuite au pénal est d'ailleurs expressément réservée par l'autorité exécutive cantonale.

L'assemblée de Commune de Gravesano, convoquée à l'extraordinaire le 6 Juin 1880, a refusé de reconnaître une famille Tafani ou de Tafanis comme sa ressortissante, attendu qu'il n'est point établi qu'une famille de ce nom ait jamais eu un domicile réel ou politique, ou tiré son origine de la dite localité. L'assemblée a déclaré que les documents sur la foi desquels une semblable origine est revendiquée sont faux et entachés de fraude; elle a enfin prié le Gouvernement de prendre toutes les mesures nécessaires pour que ces pièces soient retirées et détruites, en évitation d'ultérieurs dommages ou désagréments au préjudice de la commune de Gravesano.

Le Conseil fédéral a transmis le dossier au Tribunal fédéral, en l'invitant à prononcer conformément à l'art. 58 de la loi sur l'organisation judiciaire du 27 Juin 1874.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

1. Le recourant proteste contre l'extradition requise, en se prétendant originaire et ressortissant de Gravesano (Tessin) et en se fondant sur l'art. 5, al. 1 de la Convention entre la Suisse et l'Italie du 22 Juillet 1868, lequel dispose que dans

aucun cas et pour aucun motif les Etats contractants ne pourront être tenus à se livrer leurs nationaux.

2. Il faut donc rechercher si Tafani est en possession de l'indigénat suisse; à cet égard il y a lieu de rappeler que, pour le cas où le recourant aurait possédé la naturalité suisse avant la perpétration du délit pour lequel il est recherché, la perte de ce droit ne résulterait point, pour lui, *ipso jure*, du fait qu'il est sujet italien. La jurisprudence fédérale ne s'oppose pas à ce que le même individu puisse être porteur d'un double droit de cité, et a toujours reconnu l'imprescriptibilité de la nationalité suisse, laquelle ne peut être perdue qu'ensuite d'une déclaration expresse de renonciation. (Voir Arrêt du Tribunal fédéral en la cause Gothuey. Rec. II, 253.)

3. On ne peut toutefois admettre que Tafani ait justifié de sa nationalité suisse; il ne produit à l'appui de sa prétention, que la déclaration d'origine délivrée par la Municipalité de Gravesano le 21 Avril 1880; cette déclaration repose elle-même surtout sur le registre des baptêmes de la paroisse, mentionant, à la date du 29 Mai 1751, la naissance d'un nommé Jean-Vincent, fils d'Antoine et de Joannina de Tafanis. Or, abstraction faite de ce que cette inscription est arguée de faux par les autorités tessinoises, et à supposer même que Jean-Vincent de Tafanis soit l'ascendant direct du recourant, rien dans l'inscription dont il s'agit n'indique que le prédit Jean-Vincent, ou ses parents, soient originaires de Gravesano; il n'est donc pas possible d'en tirer aucune inférence favorable au recours. En outre le contenu de la déclaration d'origine délivrée le 21 Avril 1880 est absolument contesté par l'Etat du Tessin, ainsi que par l'assemblée générale de la Commune de Gravesano elle-même. Tafani, dont l'indigénat tessinois n'est reconnu ni par le Conseil d'Etat du Tessin ni par la Commune de Gravesano, ne peut donc être réputé ressortissant suisse.

4. Les diverses conditions requises par l'application du Traité d'extradition se trouvent en outre remplies dans l'espèce, aussi bien au point de vue de la forme dans laquelle la demande est conçue qu'à celui de la qualification du délit

qu'elle vise. Il a été, en particulier, satisfait à toutes les formalités exigées par l'art. 9 du dit Traité.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce:

L'extradition d'Emilio Tafani, âgé de 43 ans, de Borgo a Buggiano (Italie) où il a été précédemment domicilié, actuellement détenu à Lugano, est accordée à teneur de l'art. 2, chiffre 11 du traité d'extradition entre la Suisse et l'Italie et à la réquisition de la Légation de cette dernière puissance en Suisse.

B. CIVILRECHTSPFLEGE

ADMINISTRATION DE LA JUSTICE CIVILE

I. Abtretung von Privatrechten. Expropriation.

48. Urtheil vom 22. Mai 1880 in Sachen Josef Anton Muotter gegen Gotthardbahn.

A. Der Antrag der bundesgerichtlichen Instruktionskommission ging dahin:

1. Die Rekurse beider Parteien sind unbegründet und es hat demnach in allen Theilen bei dem Entscheide der Schatzungskommission sein Verbleiben.

2. Die 69 Fr. betragenden Instruktionskosten werden aus dem Baarvorschusse der Gotthardbahngesellschaft berichtigt; es steht derselben jedoch das Recht zu, die Hälfte derselben mit 34 Fr. 50 Cts. an der dem Expropriaten zukommenden Entschädigung in Abzug zu bringen. Die außergerichtlichen Kosten sind wettgeschlagen.

B. Dieser Antrag wurde von der Gotthardbahngesellschaft, laut Erklärung ihrer Direktion vom 5. Januar 1880, nicht dagegen vom Expropriaten angenommen. Letzterer stellte vielmehr in einer nachträglichen Eingabe d. d. 19. März 1880 das Begehren, das Bundesgericht wolle Ergänzung des Vorverfahrens, speziell die Anordnung einer Expertise in eventueller Verbindung mit Zeugenbeweis beschließen. Zur Begründung dieses Antrages wird in weitläufiger Ausführung geltend gemacht, Vervollständigungsbegehren seien jederzeit statthaft, sofern das eingeholte Gutachten beziehungsweise der Urtheilsan-

trag zum Nachtheile einer Partei auf unrichtigen faktischen Grundlagen beruhe. Dies sei nun vorliegend allerdings der Fall und zwar sowohl in Beziehung auf die Bemessung des direkten als des indirekten Schadens und die Feststellung der anderweitigen Leistungen und Vorkehren, welche Expropriat beantragt habe. In Beziehung auf die Landentschädigung gehen die Schatzungskommission und die bundesgerichtlichen Experten, wenn sie auch zum gleichen Schlusse gelangen, von diametral verschiedenen Voraussetzungen aus, indem die Schatzungskommission das abzutretende Land als von vorzüglicher Qualität bezeichne, während die bundesgerichtlichen Experten im Gegentheil aussprechen, daß dasselbe nicht als ausgezeichnet betrachtet werden könne und daß auch auf die Kultur nicht derjenige Fleiß verwendet worden sei, welchen man für ein ausgezeichnet unterhaltenes Stück Land verlange. Nun sei aber die Ansicht der bundesgerichtlichen Experten eine entschieden irrige; sie beruhe auch schon deßhalb auf unrichtigen Grundlagen, weil die bundesgerichtlichen Experten das Grundstück im Winter, nachdem schon Schneefall und Erstarrung der Vegetation eingetreten gewesen sei, in Augenschein genommen haben. Unter solchen Umständen sei aber eine richtige Taxation nur unter Zuzug von Schätzern aus der betreffenden Landesgegend möglich, während im vorliegenden Falle keine solche beigezogen worden seien. Was den indirekten Schaden anbelange, so trete ein solcher in Folge der Durchschneidung und Verunstaltung des Grundstückes, in Folge des Betriebes der Bahn in unmittelbarer Nähe desselben und in Folge des Entzuges des Wassers auf dem Abschnitte links, wodurch die Erstellung eines separaten Brunnens nothwendig werde, in sehr erheblichem Maße ein. Unter Hinzurechnung der durch den Bahnbau eintretenden vorübergehenden Inkonvenienzen müsse der indirekte Schaden auf 8000 Fr. veranschlagt werden. Ferner verlange der Expropriat Wahrung freier ungehinderter Kommunikation; in dieser Beziehung haben die Schatzungskommission sowohl als die bundesgerichtliche Instruktionskommission dem Expropriaten für Verlegung eines zu seinen Oekonomiegebäuden führenden bequemen Fußweges keine Entschädigung gewährt, weil diese Verlegung nicht nachtheilig, sondern vortheilhaft sei; eine solche

Kompensation von Vor- und Nachtheilen sei aber gesetzlich unstatthaft. Ferner trete in Folge der Nähe der Bahnlinie für die Scheune des Rekurrenten eine erhebliche Erhöhung der Feuersgefahr ein; in dieser Richtung werde verlangt, es möchte die Gotthardbahngesellschaft verhalten werden, entweder die fragliche landwirthschaftliche Baute gegen Feuerschaden um 12 000 Fr. bei einer soliden Anstalt zu versichern und die daherige jährliche Prämie jeweilen zu bezahlen oder aber den Expropriaten hiefür mit einer entsprechenden Aversalsumme abzufinden. Im Weitern sei die von der Gotthardbahngesellschaft für die Bauinangriffnahme geleistete Kaution ungenügend. Endlich sei auch die Kostendekretur der bundesgerichtlichen Instruktionskommission, wodurch ein Theil der Instruktionskosten dem Rekurrenten auferlegt worden sei, gesetzlich unstatthaft, da nach Art. 48 des Gesetzes betreffend Verbindlichkeit zur Abtretung von Privatrechten die gesammten Schatzungskosten ausschließlich vom Exproprianten zu tragen seien, und die gewöhnlichen prozessualischen Regeln über Kostenvertheilung erst Platz greifen, wenn der Entscheid des Gesammtbundesgerichtes angerufen werde.

C. Die Gotthardbahngesellschaft, welcher diese nachträgliche Eingabe des Expropriaten zur Vernehmlassung mitgetheilt wurde, weist in ihrer Erwiderung darauf hin, daß die gegnerische Rechtsschrift sich nach Form und Inhalt als eine neue Rekursschrift qualifizire; eine solche Schrift, auf welche hin die Prozeßinstruktion von Neuem beginnen müßte, sei aber prozessualisch unstatthaft; im Uebrigen seien, wie im Einzelnen ausgeführt wird, die gegnerischen Anbringen durchaus unbegründet, weßhalb deren Abweisung beantragt werde.

D. Bei der heutigen Verhandlung erklärt der Anwalt des Rekurrenten, daß das von ihm gestellte Vervollständigungsbegehren nicht als ein Begehren um Ergänzung oder Berichtigung der Akten im Sinne des Art 173 u.ff. der eidg. C.-P.-O. zu betrachten sei, sondern daß er lediglich Veranstaltung einer neuen Expertise im Sinne des Art. 128 der eidg. C.-P.-O. verlange. Er stellt die Anträge:

1. Es sei die Sache an die Instruktionskommission zur Anordnung einer neuen Expertise zurückzuweisen; eventuell

2. Die Entschädigung für direkten und indirekten Schaden sei

im Sinne der in der Rekursschrift gestellten Anträge zu erhöhen.

3. Es seien dem Rekurrenten die von ihm geforderten besonderen Leistungen zuzusprechen.

4. Es seien jedenfalls sämmtliche Kosten der Expropriantin aufzuerlegen.

Im mündlichen Vortrage wird vom Anwalte des Rekurrenten, neben ausführlicher Reproduktion der bereits in den gewechselten Rechtsschriften angebrachten Gründe, insbesondere die Behauptung aufgestellt, daß dem Rekurrenten 636 Quadrat-Meter Land mehr weggenommen werden als veranschlagt und von der Schatzungskommission und der bundesgerichtlichen Instruktionskommission angenommen worden sei; es erfordere nämlich die Bahnlinie inklusive Böschungen und beidseitige Abzugsgräben 561 Quadrat-Meter mehr als veranschlagt, und es beanspruche im Fernern die Verlegung des Fußweges, dessen Breite zu 1 Meter angenommen, weitere 75 Quadrat-Meter. Für dieses Mehr des expropriirten Landes sei dem Expropriaten Entschädigung zu gewähren.

Der Vertreter der Gotthardbahngesellschaft trägt auf Abweisung sämmtlicher Anträge der Gegenpartei unter Kostenfolge an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Rekurrent hat, wie sich aus seiner Rekursschrift ergiebt, nur in drei Punkten den Schatzungsbefund binnen nützlicher Frist an das Bundesgericht gezogen, nämlich in Beziehung auf die Fixirung der Landentschädigung, für welche er Erhöhung auf 2 Fr. per Quadrat-Meter verlangte, in Beziehung auf die Entschädigung für Minderwerth und Inkonvenienzen, für welche er Erhöhung auf 8000 Fr. verlangte, und in Beziehung auf die der Gotthardbahn in Folge der für die Scheune des Rekurrenten angeblich eintretenden Erhöhung der Feuersgefahr aufzuerlegenden Leistungen. In Beziehung auf alle andern Punkte ist mithin der Schatzungsbefund gemäß Art. 35 des Bundesgesetzes betreffend die Verbindlichkeit zur Abtretung von Privatrechten in Rechtskraft erwachsen. Demgemäß ist auf die in der nachträglich eingereichten Eingabe und im heutigen Vortrage seitens des Rekurrenten gestellten, auf

diese anderweitigen Punkte bezüglichen Begehren, insbesondere auf das Begehren, daß auch für die Verlegung des Fußweges Entschädigung zu gewähren, beziehungsweise für die von dem neuen Fußwege in Anspruch genommene Grundfläche die Landentschädigung ebenfalls auszurichten sei, nicht einzutreten. Denn diese Punkte sind durch den, insoweit in Rechtskraft erwachsenen, Entscheid der Schatzungskommission endgültig erledigt.

2. Was sodann den Antrag des Rekurrenten anbelangt, es sei in Sachen eine neue Expertise zu veranstalten, so erscheint derselbe als unbegründet. Nach Art. 128 der eidg. C.-P.-O. ist eine neue Expertise nur dann zu veranstalten, wenn das Gutachten der ersten Experten ungenügend ist. Im vorliegenden Falle nun ist keineswegs dargethan oder wahrscheinlich gemacht worden, daß das, im Resultate mit dem Schatzungsbefunde übereinstimmende und von der bundesgerichtlichen Instruktionskommission auf Grundlage der Ergebnisse des Augenscheines bestätigte Gutachten ungenügend sei, d. h., daß es unklar oder sich widersprechend sei, oder solche Momente, welche für die Normirung der Entschädigung erheblich sind, gar nicht oder offenbar unrichtig würdige. Was vom Rekurrenten in dieser Beziehung in seiner nachträglichen Eingabe und im heutigen Vertrage ausgeführt worden ist, erscheint als gänzlich unstichhaltig. Weder besteht ein diametraler Widerspruch zwischen dem Schatzungsbefunde und dem Gutachten der Experten, noch ist es richtig, daß die letztern überhaupt nicht in der Lage gewesen seien, eine richtige Taxation des Expropriationsobjektes vorzunehmen. Wenn allerdings die bundesgerichtlichen Experten bemerken, daß das fragliche Wiesland nicht, wie die Schätzungskommission annehme, als ausgezeichnet qualifizirt werden könne, so ergiebt sich doch gerade daraus, daß sie in der Taxation selbst mit der Schätzungskommission einig gehen, daß nichtsdestoweniger ihre Würdigung des fraglichen Landes mit derjenigen der Schätzungskommission wesentlich übereinstimmt. Daß sodann den bundesgerichtlichen Experten wegen der zur Zeit ihres Augenscheines bereits vorgerückten Jahreszeit eine richtige Taxation überhaupt unmöglich gewesen sei, ist thatsächlich unrichtig, da zur Zeit des Augenscheines das fragliche Grundstück weder mit Schnee be-

deckt noch der Boden gefroren war und eine richtige Werthung des Landes den unbestrittenermaßen sachkundigen Experten somit keineswegs schwer fallen konnte.

3. In der Sache selbst ist ebenfalls dem Urtheilsantrag der Instruktionskommission einfach beizutreten. Denn es besteht für das Bundesgericht durchaus kein Grund, entgegen der vom Gerichtshofe regelmäßig befolgten Norm, von diesem, mit dem Schatzungsbefunde und dem Sachverständigengutachten übereinstimmenden Urtheilsantrage seiner Instruktionskommission, welche die Verhältnisse auf Grund des eingenommenen Augenscheines zu würdigen in der Lage war, abzuweichen. Denn weder hat der Rekurrent in Beziehung auf die Landentschädigung dargethan, daß die ortsüblichen Güterpreise für Land, wie das in Frage liegende, mit dem für die Expropriationsentschädigung angenommenen Ansatze nicht im Einklange stehen, noch hat er zu beweisen vermocht, daß die Inkonvenienzentschädigung keine vollständige sei. In Betreff der vom Rekurrenten heute aufgestellten Behauptung sodann, daß die Entschädigungssumme jedenfalls deßhalb zu erhöhen sei, weil ihm mehr Land weggenommen werde, als veranschlagt gewesen sei, so ist zu bemerken, daß Rekurrent selbstverständlich nach Maßgabe des ihm wirklich enteigneten Landes zu entschädigen ist; einer Abänderung des Schatzungsbefundes bedarf es aber auch in dieser Richtung nicht, da derselbe das Nachmaß ausdrücklich vorbehalten hat. Es muß auch, wie bemerkt, in Beziehung auf das durch den neuen Fußweg in Anspruch genommene Land bei dem Entscheide der Schatzungskommission, wonach für die Verlegung des Fußweges keine Entschädigung zu bezahlen ist, verbleiben.

4. Was speziell die Frage anbelangt, ob die Gotthardbahngesellschaft dem Rekurrenten gegenüber wegen der, wie er behauptet, eintretenden Feuersgefahr für seine Scheune zu einer Leistung in der von ihm beantragten Weise zu verurtheilen sei, so ist dieselbe zu verneinen. Selbstverständlich ist die Gotthardbahn, nach Maßgabe allgemeiner Grundsätze, für allen Schaden, der in Folge des Bahnbetriebes fremdem Eigenthume zugefügt wird, also auch für allfälligen Brandschaden, der an der Scheune des Rekurrenten in Folge Funkenwurfs ihrer Lokomotiven entstehen sollte, verantwortlich. Dagegen ist nicht einzu-

sehen, aus welchem Rechtsgrunde die Gotthardbahngesellschaft verpflichtet werden könnte, die Scheune des Rekurrenten gegen Brandschaden zu versichern, und es kann auch, da der Rekurrent eine Entwerthung der fraglichen Gebäulichkeit in Folge der angeblichen Erhöhung der Feuersgefahr nicht einmal behauptet, geschweige denn bewiesen hat, nicht davon die Rede sein, die Gotthardbahngesellschaft zur Bezahlung einer Aversalsumme an den Rekurrenten zu verpflichten.

5. In Beziehung auf den Kostenpunkt endlich entbehrt die Ansicht des Rekurrenten, daß auch die bundesgerichtlichen Instruktionskosten nach Art. 48 des Gesetzes betreffend die Verbindlichkeit zur Abtretung von Privatrechten ausschließlich vom Exproprianten zu tragen sein, jeglicher Begründung. Vielmehr bezieht sich die Bestimmung des Art. 48 cit. offensichtlich nur auf die Kosten des Schatzungsverfahrens, keineswegs auf die Kosten der bundesgerichtlichen Instruktion, über welche vielmehr nach den allgemeinen Grundsätzen des eidgenössischen Civilprozesses zu entscheiden ist.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Das Begehren um Aktenvervollständigung beziehungsweise Anordnung einer neuen Expertise wird abgewiesen; in der Sache selbst wird, unter Abweisung des Rekurses des Expropriaten, der Urtheilsantrag der Instruktionskommission bestätigt und es hat demnach in allen Theilen bei dem Schatzungsbefunde sein Verbleiben.

II. Verfahren vor dem Bundesgerichte in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten.

Procédure à suivre devant le Tribunal fédéral en matière civile.

49. Urtheil vom 10. April 1880 in Sachen Sieber gegen Massaverwaltung der schweizerischen Nationalbahn.

A. Durch Entscheid der eidgenössischen Schatzungskommission

für Expropriationsfälle an der Nationalbahn vom 6. April 1877 wurde dem Salomon Sieber, dessen Land zum Baue der Linie Winterthur-Otelfingen in Anspruch genommen worden war, u. A. für einen in Abtretung fallenden Birnbaum nebst dem ihm verbleibenden Holze eine Entschädigung von 80 Fr. zugesprochen. Nachdem dieser Entscheid an das Bundesgericht rekurrirt worden war, wurde beim Augenscheine durch die bundesgerichtliche Instruktionskommission seitens des Vertreters der Expropriantin die Erklärung abgegeben, daß in Folge veränderter Anordnungen die Expropriation sich nicht mehr auf fraglichen Birnbaum erstrecke, wogegen der Expropriat keine Einwendung erhob. Im Instruktionsantrage wurde daher eine Entschädigung für denselben nicht ausgeworfen. Der Instruktionsantrag wurde, nachdem beide Parteien die Annahme desselben erklärt hatten, durch Beschluß des Bundesgerichtes vom 7. Juni 1878 als in Rechtskraft erwachsen erklärt.

B. Rekurrent ergriff nun aber, nachdem durch Entscheid des Massaverwalters der schweizerischen Nationalbahngesellschaft vom 20. Januar 1879 im Konkurse der letztern seine in dem Instruktionsantrage gutgeheißenen Entschädigungsforderungen in das Schuldenverzeichniß der Bahn aufgenommen worden waren, den Rekurs an das Bundesgericht, indem er u. A. für den Birnbaum, der, weil das Terrain, auf welchem er stehe, nachträglich wirklich expropriirt worden sei, ebenfalls habe expropriirt werden müssen, eine Entschädigung von 100 Fr. verlangte, beziehungsweise beantragte, daß dieser Betrag in das Schuldenverzeichniß der Bahn aufgenommen werde.

Das Bundesgericht erkannte durch Urtheil vom 30. September 1879 in Gutheißung dieser Forderung: „1. In das Schuldenverzeichniß der Nationalbahngesellschaft sind 100 Fr. für den Fakt. A erwähnten Birnbaum aufzunehmen."

C. Nachdem nun die Massaverwaltung der schweizerischen Nationalbahn den fraglichen Birnbaum hatte fällen lassen, um über dessen Holz zum Vortheile der Masse zu verfügen, gelangte Rekurrent unterm 27. Februar 1880 mit einer neuen Eingabe an das Bundesgericht, in welcher er behauptet: Es sei gerichtskundig, daß bei Expropriation von Bäumen jeweilen das Holz als

ein Theil der Entschädigung dem Expropriaten überlassen zu werden pflege; auch in dem Entscheide der eidg. Schatzungskommission vom 6. April 1877 sei dem Rekurrenten das Eigenthum am Holze des fraglichen Birnbaums ausdrücklich vorbehalten worden und es habe darüber zwischen den Parteien niemals Streit obgewaltet; er beanspruche denn auch als Expropriat das Eigenthum an dem fraglichen Holze. Ueber diesen Anspruch, beziehungsweise über die Frage, wem das fragliche Holz gehöre, sei nun aber offenbar durch das Bundesgericht zu entscheiden und er beantrage daher, es wolle das Bundesgericht gemäß Art. 197 ff. des Bundesgesetzes über das Verfahren beim Bundesgerichte in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten in Erläuterung seines Urtheils i. S. vom 20. September a. p. diese Frage bejahend entscheiden, unter Kosten- und Entschädigungsfolge für die Gegenpartei.

D. Dagegen beantragte die Massaverwaltung der schweizerischen Nationalbahngesellschaft: Das Bundesgericht wolle: 1. das Erläuterungsgesuch abweisen; 2. dem Salomon Sieber die Gerichtskosten und eine angemessene Prozeßkostenentschädigung zu Gunsten der Masse auferlegen, wesentlich darauf gestützt, daß einerseits das fragliche Holz jedenfalls, da über dasselbe bereits verfügt sei, nicht mehr in natura zurückgegeben werden könne, anderseits das bundesgerichtliche Urtheil vom 20. September vollkommen klar sei und einer Erläuterung nicht bedürfe.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

Eine Erläuterung oder Berichtigung eines Urtheils ist nach Art. 197 der eidg. C.-P.-O. zu verfügen, wenn die Bestimmungen desselben dunkel, unvollständig, zweideutig oder sich widersprechend sind, sowie wenn dieselben Redaktions- oder Rechnungsfehler enthalten. In Bezug auf das Urtheil vom 20. September 1879, dessen Erläuterung verlangt wird, trifft nun offenbar keine dieser Voraussetzungen zu. Das Dispositiv 1 desselben, um welches es sich hier handelt, normirt die dem Rekurrenten zukommende Entschädigung in gänzlich unzweideutiger und nicht mißverständlicher Weise auf den vom Rekurrenten selbst geforderten Geldbetrag von 100 Fr. Daß daneben dem Rekurrenten noch ein Anspruch auf das Holz des Birnbaums habe eingeräumt

werden wollen, ist eine willkürliche Unterstellung, welche mit dem Wortlaute des Urtheils unvereinbar und schon deßhalb gänzlich unzulässig ist, weil der Rekurrent selbst vor Bundesgericht einen solchen Anspruch gar nicht erhoben hatte, derselbe ihm also auch nicht zugesprochen werden konnte. Wenn es allerdings üblich ist, bei Expropriation von Bäumen dem Expropriaten das Recht der Wegnahme des Holzes vorzubehalten, so versteht sich dies doch keineswegs von selbst, sondern muß ausdrücklich ausgesprochen werden; andernfalls erwirbt mit dem Eigenthumsübergange an dem Abtretungsobjekte die Expropriantin das Recht, über den Baum, also auch über das Holz, denn dasselbe scheint zu einem Baum, in specie zu einem Birnbaum, allerdings nothwendig zu gehören, nach Belieben zu verfügen. Irgendwelcher Vorbehalt in Bezug auf Wegnahme des Holzes ist nun im vorliegenden Falle nicht gemacht worden; denn der im Schatzungsbefunde enthaltene kann, da der Schatzungsbefund in Bezug auf den fraglichen Birnbaum in Folge der Fakt. A dargestellten Vorgänge dahingefallen ist, offenbar nicht in Betracht kommen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Das Begehren des Impetranten wird als unbegründet abgewiesen.

III. Haftpflicht der Eisenbahnen etc. bei Tödtungen und Verletzungen.

Responsabilité des entreprises de chemins de fer etc. en cas d'accident entraînant mort d'homme ou lésions corporelles.

50. Urtheil vom 19. Juni 1880 in Sachen Weber gegen Nordostbahn.

A. Durch Urtheil vom 10. April 1880 hat die Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich erkannt:

1. Die Beklagte ist verpflichtet, an den Kläger 850 Fr. für

Heilungskosten, sowie eine jährliche Rente von 1800 Fr. vom 21. April 1877 an bis zu dessen Tode, mit Verzugszins zu 5 % für die bereits verfallenen Jahresrenten je vom Ende des betreffenden Jahres (21. April 1878, beziehungsweise 1879) an, zu bezahlen.

2. Der Beklagten bleibt das Recht gewahrt, ihre seit Anhängigmachung des Prozesses an den Kläger geleisteten Zahlungen von den obigen Beträgen in Abrechnung zu bringen.

3. Die Beklagte wird bei ihrem Anerbieten behaftet, die an den Kläger alljährlich zu bezahlende Rente zu versichern.

4. Für den Fall des Todes des Klägers wird eine Rektifizirung dieses Urtheils zu Gunsten seiner Hinterlassenen vorbehalten.

5. u. s. w.

6. Die Beklagte hat die Kosten beider Instanzen zu tragen.

7. Dieselbe hat den Kläger für beide Instanzen zusammen mit 130 Fr. zu entschädigen.

8. u. s. w.

B. Gegen dieses Urtheil erklärte die Beklagte, sowie deren Litisdenunziatin die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung stellt der Vertreter der Beklagten die Anträge:

1. Es seien die gesprochenen Entschädigungen für Heilungskosten und verminderte Erwerbsfähigkeit angemessen herabzusetzen.

2. Es sei in das Urtheil der Vorbehalt aufzunehmen, daß der Beklagten das Recht zustehe, jederzeit die Aufhebung oder Minderung der Rente zu fordern, wenn diejenigen Verhältnisse, welche die Zuerkennung oder Höhe der Rente bedingt hatten, inzwischen sich wesentlich verändert haben, unter Kostenfolge.

Dabei wird gleichzeitig die Erklärung abgegeben, daß die Beklagte alle ihre Rechte gegenüber ihrer Litisdenunziatin sich vorbehalte und daß die heutige Verhandlung und Entscheidung für das Rechtsverhältniß der Beklagten und ihrer Litisdenunziatin unter einander ohne Einfluß bleiben sollen.

Der Vertreter der Litisdenunziatin schließt sich der letztern Erklärung an und unterstützt die beklagtischerseits gestellten Anträge.

Der Vertreter des Klägers beantragt, es seien die gegnerischerseits gestellten Anträge abzuweisen und das Urtheil der Appellationskammer des Kantons Zürich vom 10. April 1880 zu bestätigen unter Kostenfolge. Eventuell, d. h. für den Fall, daß ihm nur die in seinem ersten gerichtlichen Vortrage bezifferten Beträge für Heilungskosten zugesprochen werden sollten, so behalte er sich zu Protokoll vor, die später, d. h. seit der Litiskontestation erlaufenen Kosten und Auslagen besonders einzuklagen. Wenn überhaupt das Gericht eine Reduktion der zugesprochenen Entschädigungsbeträge in irgend welcher Beziehung aussprechen sollte, so beantrage er, es sei dagegen die ihm zugesprochene Prozeßentschädigung angemessen zu erhöhen.

In seiner Replik behält sich der Vertreter der Beklagten in Beziehung auf die klägerischerseits vorbehaltene Nachforderung seinerseits alle Rechte vor, bezeichnet den eventuellen klägerischen Antrag betreffend Erhöhung der Prozeßentschädigung als unstatthaft, da Kläger gegen das zweiinstanzliche Urtheil die Weiterziehung nicht ergriffen habe, und hält im Uebrigen an den gestellten Anträgen fest. Der Vertreter der Litisdenunziatin schließt sich, unter weiterer Begründung, den Replik-Ausführungen der beklagten Partei an, während der Kläger duplikando seine Anträge aufrecht erhält.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. In thatsächlicher Beziehung steht fest: Kläger, welcher am 29. Oktober 1849 geboren ist, seit November 1872 im Dienste der Beklagten stand und zuletzt 1480 Fr. Gehalt und Kilometerbetreffnisse bezogen hatte, wurde am 24. Dezember 1875, während er eine Fahrt von Winterthur nach Romanshorn als Wagenbremser mitmachte, dadurch verletzt, daß beim Einfahren in die Station Islikon eine von Winterthur nach Frauenfeld bestimmte Lokomotive an den Packwagen, auf welchem der Kläger stand, so scharf heranfuhr, daß dieser Wagen zerstört und Kläger zu Boden geworfen wurde. Nachdem Kläger, der infolge dieses Unfalles bis Anfangs März 1876 gänzlich arbeitsunfähig gewesen war, während dieser Zeit aber von Beklagter seinen vollen Lohn, sowie ein tägliches Krankengeld von 1 Fr. 50 Cts. bezogen und für welchen überdem Beklagte eine Arztrechnung von

60 Fr. 70 Cts. bezahlt hatte, seine Dienstverrichtungen wiederum aufgenommen hatte, erlitt er bei der Probefahrt, welche Beklagte am 30. November 1876 auf der Linie Wädensweil-Einsiedeln ausführen ließ und bei welcher Kläger den Dienst als Bremser auf dem Schienenwagen verrichtete, einen neuen Unfall; er wurde nämlich, als der Zug bei der Thalfahrt in beschleunigte Bewegung gerathen war, oberhalb Samstagern auf die Erde geschleudert und dadurch verletzt. In Folge der durch diesen Unfall erlittenen Verletzungen war Kläger ungefähr drei Monate bettlägerig. Nachdem er durch Schreiben vom 31. Januar 1877 darum nachgesucht hatte, Beklagte möchte ihm in einigen Wochen wiederum leichtere Beschäftigung anweisen, ihm für die durch die beiden Unfälle erlittenen Nachtheile eine angemessene Entschädigung verabreichen und ihm auf dieselbe einen Vorschuß von etwa 300 Fr. gewähren, wurde ihm am 3. Februar 1877 in letzterer Beziehung entsprochen. Dagegen wurde er am 26. März 1877 auf Grund eines eingeholten ärztlichen Gutachtens als dienstuntauglich auf 21. April 1877 entlassen. Durch die Vorinstanzen ist auf Grund des eingeholten Gutachtens des medizinischen Sachverständigen, Dr. W. Muralt, festgestellt: Durch den Zusammenstoß vom 24. Dezember 1875 hatte Kläger einen Rippenbruch auf der rechten Brustseite erlitten. Bei dem ihm am 30. November 1876 zugestoßenen Unfalle erlitt Kläger eine bedeutende Quetschung des linken Kniegelenkes und Oberschenkels, einen Bruch des Mittelhandknochens, des linken Mittelfingers, mehrere Quetschungen des Kopfes und der Brust und eine intensive Erschütterung der Centraltheile des Nervensystems. Während die erwähnten äußerlichen Verletzungen geheilt sind, hat sich in Folge der Erschütterung der Centraltheile des Nervensystems, nach dem Gutachten des Experten, eine chronische Entzündung des Rückenmarkes und seiner Häute entwickelt und ist Kläger dadurch bleibend gänzlich arbeitsunfähig geworden. An eine Wiederherstellung sei nicht mehr zu denken; die Krankheit könnte, nach dem Ausspruche des Experten, wohl wieder einen Stillstand machen, werde aber sehr wahrscheinlich in allgemeine, fortschreitende Lähmung übergehen. Im Fernern sprach sich der Experte dahin aus, es lasse sich nicht mit Sicher-

heit ausschließen, daß Kläger schon beim ersten Unfalle eine Erschütterung der Centraltheile des Nervensystems erlitten habe, von der ein Theil der jetzigen Erscheinungen herrühren könnte, und die krankhaften Erscheinungen an Lungen und Brustfell, welche später von mehreren Aerzten konstatirt worden seien, von denen indeß, da die Erkrankung keine hochgradige sei, nicht angenommen werden könne, daß sie in Phtise übergehen werden, seien mit Wahrscheinlichkeit auf diesen ersten Unfall zurückzuführen. Laut friedensrichterlicher Weisung vom 22. Mai 1877 verlangte Kläger eine Entschädigung von 30 000 Fr. Nachdem indeß seitens der Beklagten eventuell die Aussetzung einer jährlichen Rente beantragt worden war, erklärte sich Kläger hiemit einverstanden.

2. Während vor den Vorinstanzen der Klage die Einrede der mangelnden Passivlegitimation und des Selbst- bezw. Mitverschuldens des Klägers entgegengehalten worden war, sind diese Einwendungen in gegenwärtiger Instanz fallen gelassen worden, und wird lediglich Reduktion der Heilungskosten und der gesprochenen Rente beantragt und im Weitern das Begehren gestellt, daß der Beklagten im Urtheilsdispositiv für den Fall einer wesentlichen Besserung im Zustande des Klägers das Recht vorbehalten werde, Aufhebung oder Reduktion der Rente zu verlangen. Die prinzipielle Frage der Entschädigungspflicht steht somit für die gegenwärtige Instanz außer Streit und es handelt sich in der Hauptsache lediglich um die Ausmessung des Entschädigungsbetrages, sowie um die Frage, ob dem Begehren, einen Vorbehalt in dem von Beklagter und ihrer Litisdenunziatin beantragten Sinne in das Urtheil aufzunehmen, stattzugeben sei.

3. Was nun vorerst das Begehren um Herabsetzung der Entschädigung für Heilungskosten und Schmälerung, bezw. Aufhebung der Erwerbsfähigkeit anbelangt, so ist zu dessen Begründung im heutigen Vortrage von Beklagter wesentlich geltend gemacht worden, die für Heilungskosten zugesprochene Kapitalabfindung übersteige die von Kläger selbst unter diesem Titel gestellte Forderung, so daß durch das angefochtene Urtheil über den Klageschluß hinaus erkannt worden sei; für einzelne Posten dieses Ansatzes

mangeln alle Belege und überdem habe der Richter bei Festsetzung der Kapitalentschädigung für Heilungskosten auch auf die Zeit nach dem 21. April 1877, von welchem Tage an die ausgesetzte Rente laufe, Rücksicht genommen, was als gänzlich unstatthaft erscheine. Die Rente selbst stehe in keinem richtigen Verhältnisse zu dem vom Kläger anfänglich geforderten Kapitale, beziehungsweise sie übersteige den landesüblichen Zinsfuß dieses Kapitals und es sei daher auch hier über den Klageschluß hinaus erkannt worden; jedenfalls könne die Rente nicht höher als auf die jährliche Verdienstsumme des Klägers vor dem Unfalle, also auf 1480 Fr., festgesetzt werden. Der Anwalt der Litisdenunziatin schließt sich diesen Anführungen unter weiterer Begründung im Wesentlichen an, indem er insbesondere beifügt: Die vom Gerichte ausgesetzte Rente von 1800 Fr. erscheine nach den sozialen Verhältnissen des Klägers als eine übermäßige; auch wenn dieselbe auf 1480 Fr. erniedrigt würde, wäre der Ansatz für den Kläger immer noch zu günstig, da dieser nicht durchaus arbeitsunfähig sei und auch bei diesem Ansatze der in sicherer Aussicht stehenden Verdienstverminderung des Klägers bei zunehmendem Alter keine Rechnung getragen werde; ganz unstatthaft und im Widerspruche mit dem Wortlaute des Gesetzes sei es jedenfalls, daß bei Festsetzung der Rente nicht nur auf die Schmälerung der Erwerbsfähigkeit des Klägers, sondern auch auf andere Momente Rücksicht genommen worden sei.

4. Es kann nun in erster Linie den Ausführungen der Beklagten, daß durch das angefochtene Urtheil bei Feststellung, sei es der Kapitalentschädigung für Heilungskosten, sei es der jährlichen Rente, über den Klageschluß hinaus erkannt worden sei, nicht beigetreten werden. Denn: Kläger forderte ursprünglich als Entschädigung eine Aversalsumme von 30 000 Fr.; dabei führte er einzelne ihm für Heilungskosten bereits erwachsene Ausgaben speziell an, allein, wie sich aus dem Zusammenhange seiner Vorbringen zur Evidenz ergibt, keineswegs in der Meinung, seinen Ersatzanspruch für Heilungskosten auf diese Beträge zu beschränken, bezw. das gestellte Petit in dieser Richtung zu begrenzen, sondern lediglich zu dem Zwecke, das gestellte, auf eine Aversalentschädigung von 30 000 Fr. gehende Petit näher zu begrün-

den. Als er in seiner Replik sich auf Einwendung seitens der Beklagten hin mit dem Zuspruche einer periodischen Entschädigung einverstanden erklärte, stellte er in Beziehung auf deren Höhe keine bestimmten Anträge. Wenn nun das Gericht die Kapitalabfindung für Heilungskosten in Würdigung der vom Kläger angeführten Faktoren und in Berücksichtigung aller Verhältnisse nach freiem Ermessen festgesetzt hat, so liegt darin, da Kläger eine ziffermäßig beschränkte Forderung für Heilungskosten nicht gestellt hat, ein Ueberschreiten des Klageschlusses offenbar nicht, sondern gegentheils eine befugte Anwendung des in Art. 11 des Bundesgesetzes vom 1. Juni 1875 aufgestellten Grundsatzes, daß das Gericht über die Höhe des Schadensersatzes nach freier Würdigung des gesammten Inhaltes der Verhandlungen zu entscheiden hat. Ebensowenig kann darin, daß die gesprochene Rente den landesüblichen oder gesetzlichen Zins der ursprünglich geforderten Kapitalsumme übersteigt, eine Ueberschreitung des Klageschlusses gefunden werden, wofür lediglich auf die Begründung des hierseitigen Urtheils in Sachen Stacher (Erw. 5 Entsch. Amtl. Samml. VI S. 155), gegen welche heute nichts erhebliches vorgebracht worden ist, verwiesen werden kann.

5. Abgesehen hievon dagegen, erscheint eine Ermäßigung sowohl der Kapitalabfindung für Heilungskosten als auch der jährlichen Rente, wie dieselben durch die zweite Instanz festgesetzt worden sind, allerdings als geboten. Was zunächst den ersten Punkt anbelangt nämlich, so haben zwar die Rekurrenten nicht darzuthun vermocht, daß in der Feststellung der einzelnen Posten, aus welchen der zweitinstanzlich gutgeheißene Kapitalbetrag von 850 Fr. sich zusammensetzt, eine unrichtige Anwendung des Gesetzes liege; vielmehr erscheinen die einzelnen Posten für Arztkosten, Krankennahrung, Bade- und Bettzeug, Badekosten und Krankenpflege an sich als angemessen und den Verhältnissen entsprechend. Dagegen muß allerdings in Betracht fallen, daß bei Bemessung dieser Auslagen, insbesondere derjenigen für Krankennahrung, die Vorinstanzen auch die Zeit vom 21. April 1877, von welchem an die gesprochene Rente zu laufen beginnt, bis zum Urtheile in Betracht gezogen haben, obschon sie bei Festsetzung des Rentenbetrages den Umstand, daß Kläger in Folge

seines Gesundheitszustandes zu vermehrten Auslagen insbesondere für Krankennahrung gezwungen sein wird, mitberücksichtigt, beziehungsweise aus diesem Grunde eine Erhöhung der Rente haben eintreten lassen. Da nun, wie unten zu zeigen sein wird, eine Berücksichtigung dieses Faktors bei Festsetzung der Rente allerdings Platz zu greifen hat, so muß, wenn nicht doppelte Entschädigung des Klägers für einen und denselben Nachtheil stattfinden soll, ein Abstrich an dem Kapitalposten für Heilungskosten vorgenommen werden. In Würdigung aller Verhältnisse erscheint es demgemäß als angemessen, die Kapitalentschädigung für Heilungskosten auf 500 Fr. zu ermäßigen.

6. In Bezug auf die Höhe der Rente sodann ist zunächst festzuhalten, daß es sich hier überall nicht um eine Alimentenforderung, sondern um einen Schadensersatzanspruch handelt (vergl. Entsch. d. Reichsgerichtes I S. 231), so daß darauf, ob die Rente den zu angemessenem Unterhalte des Klägers erforderlichen Betrag übersteigt oder nicht, keine Rücksicht zu nehmen ist. Im Fernern muß davon ausgegangen werden, daß Kläger in Folge der erlittenen Verletzungen dauernd gänzlich arbeitsunfähig geworden ist. Denn das Gutachten des Sachverständigen, welches, da seine Richtigkeit von den Rekurrenten zwar angezweifelt, aber keineswegs mit schlüssigen Gründen widerlegt worden ist, auch für das Gericht maßgebend sein muß, spricht sich mit großer Bestimmtheit in diesem Sinne aus. Demgemäß muß dem Kläger, da ihm voller Ersatz für die durch die erlittene Körperverletzung verursachte Aufhebung seiner Erwerbsfähigkeit gebührt, in Bezug auf das Maß der Erwerbsfähigkeit aber regelmäßig die Verhältnisse im Augenblicke der Verletzung maßgebend sein müssen, mindestens der Betrag seines bisherigen Diensteinkommens von 1480 Fr. als Rente gutgesprochen werden. Denn bestimmte Momente, aus welchen folgen würde, daß die Erwerbsverhältnisse des Klägers auch ohne den Unfall sich zu seinen Ungunsten geändert haben würden, hat Beklagte nicht einmal angeführt, geschweige denn dargethan; die bloße Möglichkeit dagegen, daß sein Erwerb später mit der naturgemäßen Abnahme seiner Kräfte sich vermindern könnte, kann nicht in Betracht kommen. Durch die Zubilligung einer Rente von der Höhe sei-

nes bisherigen Diensteinkommens würde nun aber, wie die Vorinstanzen mit Recht angenommen haben, nicht der ganze, dem Kläger durch die Verletzung zugefügte Vermögensnachtheil ausgeglichen werden. Denn es ist als thatsächlich feststehend anzunehmen, daß der Gesundheitszustand des Klägers ihn fortdauernd nöthigen wird, besondere Ausgaben für Krankennahrung zu machen; für diesen Nachtheil aber muß ihm ebenfalls Ersatz gewährt und es muß aus diesem Grunde ein angemessener Zuschlag zu der, gemäß dem Betrage des Diensteinkommens festgesetzten, Rente gemacht werden. Wenn hiegegen seitens des Anwaltes der Litisdenunziatin eingewendet worden ist, daß das Gesetz (Art. 5, letztes Lemma) eine Entschädigung nur für die durch Schmälerung des Erwerbes, nicht aber auch für die durch eine solche nothwendige Vermehrung der Ausgaben entstehenden Vermögensnachtheile vorschreibe, so ist darauf zu erwidern, daß derartige Ausgaben unter den Begriff der Heilungskosten fallen, deren Vergütung im Gesetze ebenfalls vorgeschrieben ist. Als Heilungskosten nämlich sind nicht nur diejenigen Kurkosten zu vergüten, welche der Verletzte zum Zwecke seiner Wiederherstellung in angemessener Weise verausgabt, sondern auch solche Krankheitskosten, welche er, im Falle unheilbarer Erkrankung, um einer Verschlimmerung seines Zustandes vorzubeugen, zu verausgaben genöthigt ist. (Vergl. Eger, Reichshaftpflichtgesetz 2. Aufl. S. 376; Endemann, Haftpflicht 2. Aufl. S. 40 u. 41.) Andernfalls würde der unheilbar Verletzte einen positiven Nachtheil erleiden und durch die Entschädigung nicht, wie dies offenbar der Wille des Gesetzgebers ist, die Differenz zwischen seiner ökonomischen Lage vor und nach der Verletzung ausgeglichen werden. In Form eines Rentenbetrages dagegen und nicht in Form einer Kapitalabfindung ist die Entschädigung für diese Kosten deßhalb zu bestimmen, weil diese Auslagen nicht auf einmal, sondern successive während der ganzen Lebensdauer des Klägers zu machen sind. Handelt es sich nun darum, das Quantitativ der daherigen Erhöhung der Rente festzusetzen, so erscheint allerdings der von den Vorinstanzen angenommene Ansatz als zu hoch gegriffen. Das Erstinstanzgericht ist zu diesem Ansatze dadurch gelangt, daß es neben den vermehrten Auslagen des Klägers für

Krankennahrung auch ein Schmerzengeld für die zukünftig auszustehenden Schmerzen gesprochen hat, und die zweite Instanz hat, obschon sie die Zuerkennung eines Schmerzengeldes prinzipiell als unzuläßig erklärt hat, diesen Ansatz ohne weitere Begründung adoptirt. Berücksichtigt man nun, daß dem in Folge eines Eisenbahnunfalles Verletzten zweifellos ein Anspruch auf Schmerzengeld nur bei nachgewiesener Arglist oder grober Fahrläßigkeit der Transportanstalt zusteht (Art. 5 und 7 des Bundesgesetzes vom 1. Juni 1875), was vorliegend nicht zutrifft, und daß daher dem Kläger lediglich ein Aequivalent für Vermögensnachtheile und nicht für persönliche Schmerzen gebührt, so ist, unter Würdigung aller Verhältnisse, die Erhöhung der Rente in Folge der in Frage stehenden Ausgaben auf 120 Fr. zu fixiren, die Rente mithin im Ganzen auf 1600 Fr. festzusetzen.

7. Der Antrag der Beklagten und ihrer Litisdenunziatin sodann, daß im Urtheilsdispositiv der Beklagten das Recht vorzubehalten sei, bei wesentlicher Besserung des Zustandes des Klägers auf Rektifikation des Urtheils anzutragen, ist damit begründet worden, daß Art. 5 des Bundesgesetzes vom 1. Juni 1875 auch den Fall bloß zeitweiser Erwerbsunfähigkeit vorsehe und daß demnach dafür vorgesorgt werden müsse, daß, wenn die gänzliche Erwerbsunfähigkeit des Klägers sich als eine bloß zeitweise herausstellen sollte, eine angemessene Reduktion der Rente eintreten könne, sowie damit, daß Art. 6 Abs. 2 einen derartigen Vorbehalt zu Gunsten des Verletzten und seiner Anhehörigen ausdrücklich vorsehe, nun aber beide Parteien, wie dies auch die deutsche Gesetzgebung und Gerichtspraxis anerkenne, offenbar gleichgehalten werden müssen. Diesen Ausführungen kann indeß keinenfalls beigetreten werden. Vielmehr folgt aus dem in Bezug genommenen Art. 6 Abs. 2 argumento e contrario in zwingender Weise, daß ein Vorbehalt des beantragten Inhaltes nach dem Bundesgesetze unzuläßig ist. Wenn nämlich in der citirten Gesetzesstelle ausgesprochen ist, daß, sofern zur Zeit der Urtheilsfällung die Folgen einer Körperverletzung nicht hinreichend klar vorliegen, der Richter ausnahmsweise für den Fall des nachfolgenden Todes oder einer Verschlimmerung des Gesundheits-

zustandes des Verletzten eine spätere Rektifizirung des Urtheils vorbehalten könne, so muß daraus gefolgert werden, daß in allen Fällen, welche nicht unter diese Ausnahmeoorschrift gehören, die gegentheilige Regel gilt, d. h. das richterliche Urtheil unabänderlich und der Vorbehalt späterer Rektifizirung desselben unzuläßig ist. Vollends außer Zweifel gestellt wird dieses Ergebniß durch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes. Während nämlich der bundesräthliche Entwurf desselben eine dem § 7 Abs. 2 des deutschen Reichshaftpflichtgesetzes nachgebildete Bestimmung enthält, also im Falle der Zuerkennung einer jährlichen Rente beiden Parteien das Recht vorbehält, unter der Voraussetzung wesentlicher Veränderung der Umstände eine Abänderung des Urtheils im Sinne der Aufhebung bezw. Reduktion oder aber im Sinne der Wiederherstellung bezw. Erhöhung der Rente zu beantragen (vergl. diesen Entwurf § 5 Abs. 2 u. 3; B.-Bl. 1874 I S. 900), beschloß der Ständerath auf den Antrag seiner Kommission (vergl. deren Bericht B.-Bl. 1874 II S. 941—43) die Abänderung dieser Bestimmung, wesentlich im Sinne des nunmehrigen Art. 5 Abs. 2 des Gesetzes. Die Kommission des Nationalrathes sodann beantragte diejenige Redaktion dieser Bestimmung, welche schließlich zum Gesetze erhoben wurde. Dabei war man sich, wie aus dem Berichte der nationalräthlichen Kommission (B.-Bl. 1874 II S. 284, 285) hervorgeht, darüber vollkommen klar, daß durch diese Fassung des Gesetzes eine Rektifikation des Urtheils zu Gunsten der Transportunternehmung ausgeschlossen werde und es war diese Folge gerade im Interesse der Rechtssicherheit beabsichtigt. Demnach ist nicht daran zu zweifeln, daß der Wille der gesetzgebenden Behörde dahin gerichtet war, den Vorbehalt der Rektifikation nur zu Gunsten des Verletzten, nicht aber auch zu Gunsten der Transportunternehmung zuzulassen und dieser Wille hat auch im Texte des Gesetzes den entsprechenden Ausdruck gefunden. Inwiefern, wie Beklagte ausgeführt hat, aus Art. 5 Abs. 3 des Gesetzes ein gegentheiliges Resultat folgen sollte, ist nicht erfindlich. Denn es ist ja selbstverständlich, daß in denjenigen Fällen, in welchen der Verletzte bloß zeitweise arbeitsunfähig geworden ist oder wo es zweifelhaft ist, ob seine Erwerbsfähigkeit eine dauernde oder eine bloß zeitweise ist, der

Richter allerdings bloß auf eine Entschädigung für zeitweise Erwerbsunfähigkeit zu erkennen hat, im letzterwähnten Falle unter Vorbehalt der Rektifikation zu Gunsten des Verletzten. Darin liegt denn zugleich eine wesentliche Milderung der Härte, welche auf den ersten Blick darin zu liegen scheint, daß nur dem Verletzten, nicht aber auch der Transportunternehmung die Rektifikation des Urtheils nachgelassen wird. Im vorliegenden Falle aber muß die dauernde Erwerbsunfähigkeit des Klägers als durch das Gutachten des Sachverständigen erwiesen betrachtet werden.

8. Auf den eventuellen Antrag des Klägers, es sei die ihm zweitinstanzlich zugesprochene Prozeßentschädigung angemessen zu erhöhen, ist schon deßhalb nicht einzutreten, weil dabei lediglich die Anwendung kantonalgesetzlicher Bestimmungen in Frage steht.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

1. Das Urtheil der Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 10. April 1880 wird in Dispositiv 1 dahin abgeändert: Die Beklagte ist verpflichtet, an den Kläger 500 Fr. (fünfhundert Franken) für Heilungskosten, sowie eine jährliche Rente von 1600 Fr. (eintausend sechshundert Franken) vom 21. April 1877 an bis zu dessen Tode, mit Verzugszins zu fünf pro Cent für die bereits verfallenen Jahresrenten je vom Ende des betreffenden Jahres (21. April 1878, 79 und 80) an, zu bezahlen.

2. Im Uebrigen wird das Urtheil der Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich bestätigt.

IV. Haftpflicht für den Fabrikbetrieb.
Responsabilité pour l'exploitation des fabriques.

51. Urtheil vom 12. Juni 1880 in Sachen Wyler gegen Gebrüder Sulzer.

A. Durch Urtheil vom 24. April 1880 hat die Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich erkannt:

1. Die Beklagten sind schuldig, an den Kläger eine Schadensersatzsumme von 6361 Fr. 50 Cts. abzüglich des von den Beklagten schon erstinstanzlich anerkannten und als vollstreckbar erklärten Betrages von 907 Fr. 20 Cts., nebst Zinsen zu 5 % seit dem 17. September 1878, zu bezahlen; mit seiner Mehrforderung ist Kläger abgewiesen.

2. u. s. w.

3. Die erst- und zweitinstanzlichen Kosten werden der Beklagten auferlegt; eine Prozeßentschädigung an den Kläger findet nicht statt.

B. Gegen dieses Urtheil erklärten beide Parteien die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung stellt der Kläger die Anträge:

Es sei die Klage ihrem ganzen Umfange nach, d. h. für den Betrag von 8000 Fr. gutzuheißen, eventuell sei eine Ergänzung der Expertise des Herrn Strupler in dem Sinne anzuordnen, daß der Experte die gegenwärtige Erwerbsfähigkeit des Klägers durch persönliche Befragung desselben und persönliche Untersuchung seiner Verhältnisse prüfe.

Seitens der Beklagten dagegen wird beantragt:

In erster Linie gänzliche Abweisung der Klage wegen eigenen Verschuldens des Klägers, eventuell Ermäßigung der durch die Entscheidung der Appellationskammer des Obergerichtes zugebilligten Entschädigung und jedenfalls Streichung der nachträglich zuerkannten, vom Kläger nicht geforderten Zinsen, sowie Abänderung der Kostendekretur.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. In thatsächlicher Beziehung ergibt sich aus den Akten im Wesentlichen Folgendes: Der 34 Jahre alte Kläger, welcher in dem Fabriketablissement der Beklagten als Kesselschmied in Arbeit stand, wurde am 10. Juli 1878 dadurch verletzt, daß ihm beim Ausmeißeln einer Oeffnung an einem Dampfkessel ein Eisensplitter ins Auge flog, so daß er einen Riß durch Hornhaut und Regenbogenhaut mit oberflächlicher Verletzung der Linsenkapsel des rechten Auges bekam. Derselbe hatte bereits früher (10. Dezember 1876), als Arbeiter der Vereinigten Schweizerbahnen in Rorschach, durch einen ähnlichen Unfall eine Verletzung

des linken Auges erlitten, welche eine dauernde Schwächung des Sehvermögens auf diesem Auge zur Folge gehabt, dagegen den Kläger bisher nicht gehindert hatte, seinen Beruf in gleicher Weise wie früher fortzubetreiben. Nach dem Unfalle vom 10. Juli 1878 ergab sich, neben einer vollständigen Arbeits- und Erwerbsunfähigkeit von 39 Tagen, gemäß dem Gutachten des beigezogenen ophthalmologischen Experten, Professor Horner in Zürich, daß das linke Auge, ohne Gläser, ein Sehvermögen von $^1/_{10}$ des Normalen hatte, während das rechte, ohne Gläser, eine solche von $^1/_2$ des Normalen, aufwies. Die Gesammtreduktion des Sehvermögens wurde als bedeutend, weniger für das Sehen in die Ferne als für die andauernde Beschäftigung mit feinen Objekten, resp. solchen, welche eine große Genauigkeit des Fixirens mit sich bringen, bezeichnet. Den Hauptantheil an der Gesammtreduktion der Sehfähigkeit, im Verhältnisse von 10 zu 3, trägt nach dem Gutachten des ophthalmologischen Experten die Verletzung vom 10. Dezember 1876, welche das linke Auge traf. Nach der übereinstimmenden Feststellung der Vorinstanzen hatte Kläger vor der Verletzung vom 10. Juli 1878 einen täglichen Verdienst von durchschnittlich 6 Fr., während der Betrag, den Kläger gegenwärtig noch zu verdienen im Stande ist, gemäß dem Gutachten des technischen Experten, Ingenieurs Strupler, zu 3 Fr. 50 Cts. per Tag angenommen wurde, so daß die Differenz 2 Fr. 50 Cts. per Tag, oder für das Jahr, bei Annahme von 300 Arbeitstagen, 750 Fr. beträgt, welche Summe nach den Grundsätzen der schweizerischen Rentenanstalt, bei einem Alter des Versicherten von 34 Jahren, einem Rentenkapital von 12 450 Fr. entspricht. Kläger forderte laut friedensrichterlicher Weisung vom 17. September 1878 als Schadensersatz einen Betrag von 8000 Fr.

2. Anlangend die rechtliche Würdigung der Klage, so wird dieselbe auf Art. 5 litt. b des Bundesgesetzes betreffend die Arbeit in den Fabriken vom 23. März 1877 begründet, wonach der Fabrikant haftet, wenn durch den Betrieb der Fabrik Körperverletzung oder Tödtung eines Arbeiters oder Angestellten herbeigeführt wird, sofern er nicht beweist, daß der Unfall durch höhere Gewalt oder eigenes Verschulden des Verletzten oder Ge-

tödteten erfolgt ist. Es ist nun im vorliegenden Falle von der Beklagten nicht bestritten worden, daß der in Frage stehende Unfall durch den Betrieb der Fabrik herbeigeführt worden sei; demgemäß ist diese Frage vom Gerichte nicht weiter zu prüfen, sondern es ist als hergestellt zu betrachten, daß Beklagte im Prinzipe als haftbar zu erklären ist, sofern sie nicht den Beweis zu erbringen vermag, daß fraglicher Unfall durch höhere Gewalt oder eigenes Verschulden des Klägers verursacht wurde.

3. Beklagte hat nun der Klage in erster Linie, wie vor den Vorinstanzen, so auch im heutigen Vortrage, die Einrede des Selbstverschuldens entgegengestellt. Diese Einwendung ist indeß mit den beiden Vorinstanzen als unbegründet zu verwerfen. Zu deren Begründung ist lediglich angeführt worden, daß Kläger es unterlassen habe, bei fraglicher Arbeit eine Schutzbrille zu tragen, obschon ihm die Gefahr des Abspringens von Eisenstücken unzweifelhaft bekannt gewesen sei und er persönlich um so mehr Veranlassung gehabt hätte, alle möglichen Vorsichtsmaßregeln zu treffen, als er bereits früher bei einer solchen Arbeit durch einen gleichen Unfall am linken Auge sehr erheblich verletzt worden sei. Von einem Verschulden des Klägers könnte aber jedenfalls nur dann gesprochen werden, wenn er solche Vorsichtsmaßregeln zu treffen unterlassen hätte, welche ein sorgsamer und verständiger Arbeiter in den gegebenen Verhältnissen regelmäßig trifft oder welche in der Fabrik der Beklagten speziell vorgeschrieben waren. Nun hat Beklagte selbst zugeben müssen, daß zur Zeit des Unfalls das Tragen von Schutzbrillen bei der fraglichen Arbeit in ihrer Fabrik nicht vorgeschrieben und auch gar nicht gebräuchlich war. Darin aber, daß Kläger bereits früher einen ähnlichen Unfall erlitten, mochte für ihn wohl eine Aufforderung liegen, alle üblichen und gewöhnlichen Vorsichtsmaßregeln sorgsam zu beobachten, dagegen wurde er dadurch nicht verpflichtet, außergewöhnliche, den gegebenen Verhältnissen nach gar nicht gebräuchliche Vorsichtsmaßregeln zu treffen. Ein Verschulden des Klägers kann also nicht als erwiesen betrachtet werden. Demgemäß muß, da die Einrede der höhern Gewalt in gegenwärtiger Instanz nicht mehr vorgebracht worden ist, übrigens auch offenbar unbegründet wäre, Beklagte grundsätzlich für den aus

dem in Frage stehenden Unfalle dem Kläger erwachsenen Schaden verantwortlich erklärt werden.

4. Handelt es sich demnach um die Ausmittelung dieses Schadens, so gehen die Parteien zunächst darin einig, daß als solcher Schaden neben den Heilungskosten lediglich die Vermögensnachtheile, welche der Verletzte durch die in Folge der Verletzung eingetretene zeitweise Erwerbsunfähigkeit und dauernde Verminderung der Erwerbsfähigkeit erleidet, nicht dagegen ein allfälliger anderweitiger Schaden in Betracht komme. Es ist ihnen darin um so mehr beizutreten, als bei der Gleichheit des zu Grunde liegenden Rechtsprinzips die Grundsätze, welche Art. 5 des Bundesgesetzes betreffend Haftpflicht der Eisenbahnen und Dampfschifffahrtsverwaltungen bei Tödtungen und Verletzungen vom 1. Juni 1875 in Bezug auf die Ausmittelung des Schadensbetrages aufstellt, auf die Fälle, welche nach Art. 5 litt. b des Fabrikgesetzes zu beurtheilen sind, in Ermangelung spezieller für letztere geltender gesetzlicher Bestimmungen, analog angewendet werden müssen.

5. Im Uebrigen dagegen gehen die Parteien in Beziehung auf die Höhe des Schadensbetrages auseinander. Kläger hat im heutigen Vortrage ausgeführt, einerseits, daß die Vorinstanzen den Betrag, den er gegenwärtig noch zu verdienen vermöge, zu hoch veranschlagt und daher die eingetretene Schmälerung der Erwerbsfähigkeit zu gering taxirt haben, andererseits daß bei Bemessung des Schadensersatzbetrages dem Umstande, daß er bereits eine Verletzung am linken Auge erlitten habe, in zu hohem Maße Rechnung getragen worden sei, während er die diesfalls angemessene Reduktion bereits bei Stellung seiner Forderung in ausgiebiger Weise vorgenommen habe. Seitens der Beklagten dagegen wurde bei der heutigen Verhandlung geltend gemacht, daß die Vorinstanzen den täglichen Verdienst des Klägers vor dem Unfalle zu hoch angeschlagen und daher auch den Betrag der Einkommensschmälerung zu hoch taxirt haben, und im Weitern insbesondere ausgeführt: Die eingetretene Schmälerung der Erwerbsfähigkeit des Klägers sei nur zum Theil eine Folge der Verletzung vom 10. Juli 1878, für welchen allein sie verantwortlich gemacht werden könne; zum größten Theile

sei dieselbe verursacht durch den frühern Unfall vom 10. Dezember 1876, den sie nicht zu vertreten habe. Der eingetretene Gesammtschaden sei nun nach dem im ophthalmologischen Gutachten festgestellten Verhältnisse von 10 zu 3 auf beide Verletzungen zu repartiren, beziehungsweise Beklagte nur in demjenigen Verhältnisse, in welchem der von ihr zu vertretende Unfall vom 10. Juli 1878 zur Verursachung der Schmälerung der Sehkraft mitgewirkt habe, d. h. im Verhältnisse von $^3/_{13}$ des Gesammtschadens verantwortlich zu erklären.

6. Was nun vorerst die Angriffe auf die Feststellung der Höhe des Tagesverdienstes des Klägers vor dem Unfalle und des möglichen gegenwärtigen Verdienstes desselben anbelangt, so muß es, gemäß Art. 30 des Bundesgesetzes betreffend Organisation der Bundesrechtspflege, nach welchem das Bundesgericht seinem Urtheile den von den kantonalen Gerichten festgestellten Thatbestand zu Grunde zu legen hat, in Bezug auf diese rein thatsächlichen Momente bei der Feststellung der Vorinstanzen lediglich sein Bewenden haben; es kann übrigens letztere keineswegs als aktenwidrig bezeichnet werden, sondern erscheint als dem vorliegenden Beweismaterial entsprechend.

7. In Bezug auf die Frage sodann, inwiefern der Umstand, daß Kläger schon vor dem hier in Frage stehenden Unfalle am linken Auge eine dessen Sehkraft erheblich schmälernde Verletzung erlitten hatte, bei Bemessung des der Beklagten aufzuerlegenden Schadensersatzes in Berücksichtigung zu fallen habe, kann vorerst der Ansicht der Beklagten, welche auch das Gericht erster Instanz adoptirt hatte, keinenfalls beigetreten werden. Beklagte muß für alle dem Kläger in Folge der von ihr zu vertretenden Verletzung erwachsenden Nachtheile einstehen, ohne Rücksicht darauf, daß diese Nachtheile, wenn die frühere Verletzung nicht vorangegangen wäre, durch den zweiten Unfall nicht oder nicht in gleichem Maße verursacht worden wären. Denn durch letztern Umstand wird offenbar der Kausalzusammenhang zwischen dem schädigenden Ereignisse, für welches Beklagte einzustehen hat, und dem eingetretenen Schaden in keiner Weise abgebrochen. Wie aber in Wissenschaft und Praxis zweifellos feststeht (vergl. Windscheid, Pandekten II § 258 Note 12, 14, 15; Mommsen,

Beiträge zum Obligationenrecht II S. 141 u. ff., bes. 164 u. ff.; s. auch l. 11 § 3 D. ad leg. Aquil. 9, 2) ist die Entschädigungspflicht desjenigen, welcher für ein beschädigendes Ereigniß einzustehen aus irgend welchem Grunde verpflichtet ist, einzig dadurch bedingt, daß zwischen dem eingetretenen Schaden und dem betreffenden Ereignisse ein kausaler Zusammenhang besteht, letzteres als die Ursache des erstern erscheint, während darauf, ob dasselbe die einzige und unmittelbare Ursache ist oder ob zu dem Eintreten des Erfolges noch andere vom Beklagten nicht zu vertretende Umstände mitwirkten, überall nichts ankommen kann. Die gegentheilige Ansicht würde auch zu unannehmbaren Konsequenzen, z. B. der Folgerung führen, daß eine volle Entschädigungspflicht des für einen Unfall Verantwortlichen auch dann nicht Platz greife, wenn der schädigende Erfolg, z. B. die Tödtung des Verletzten durch den fraglichen Unfall nur in Verbindung mit einem natürlichen physischen Defekte des Verletzten herbeigeführt werden konnte.

8. Nichtsdestoweniger indeß kann bei Bemessung des dem Kläger zuzusprechenden Schadensbetrages nicht der volle Betrag der Differenz zwischen seinem Erwerbe vor dem fraglichen Unfalle und dem ihm gegenwärtig noch möglichen Erwerbe zu Grunde gelegt, sondern es muß der daherige Ansatz erheblich reduzirt werden. Es muß nämlich in Betracht gezogen werden, daß Kläger, der bereits eine bedeutende Verletzung am linken Auge erlitten hatte, wenn er auch zunächst noch in gleicher Weise wie früher fortarbeiten konnte, doch schon vor der zweiten Verletzung eine gewisse Beschränkung in seiner Arbeitstüchtigkeit erlitten haben mußte und insbesondere eine geringere Dauer der vollen Arbeitsfähigkeit für ihn auch ohne den zweiten Unfall wahrscheinlich war. Trägt man diesen Momenten, sowie dem Umstande, daß eine Entschädigung in Kapital, mit deren Gewährung Beklagte eventuell einverstanden ist, überhaupt für den Kläger als vortheilhaft erscheint und der Besitz eines Kapitals ihn in manchen Beziehungen günstiger stellt, als er früher gestellt war, nach freiem richterlichen Ermessen unter Würdigung aller Verhältnisse (Art. 5 letztes Lemma des Fabrikgesetzes) Rechnung, so erscheint die Arbitrirung der Entschädigung, wie die zweite Instanz sie

vorgenommen hat, als angemessen und ist daher dieselbe zu bestätigen.

9. Was speziell die Beschwerde der Beklagten betreffend Zinsenzuspruch und die Vertheilung der Kosten anbelangt, so erscheint dieselbe als unbegründet. Zinsen waren zwar erstinstanzlich nicht ausdrücklich gefordert; da indeß die vom Gerichte zweiter Instanz zugesprochene und auch in gegenwärtiger Instanz gutzuheißende Summe mit Hinzurechnung der Zinsen den laut Weisung geforderten Betrag nicht erreicht, so kann dies dem Zinsenzuspruche nicht im Wege stehen, da, wie die zweite Instanz zutreffend ausführt, die Zinsen, als das Mindere, als in dem Mehreren inbegriffen angesehen werden können und dieselben als eine billige Entschädigung des Klägers für das Entbehren des Kapitals während der Dauer des Prozesses erscheinen. Die Kostendekretur des zweitinstanzlichen Urtheils endlich ist, da eine Abänderung dieses Urtheils in der Hauptsache nicht erfolgt und es sich übrigens bei Vertheilung der Kosten lediglich um Anwendung kantonsgesetzlicher Vorschriften handelt, ebenfalls zu bestätigen.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Das Urtheil der Appellationskammer des zürcherischen Obergerichtes vom 24. April 1880 wird in allen Theilen bestätigt.

V. Civilstand und Ehe. — Etat civil et mariage.

52. Urtheil vom 9. April 1880 in Sachen Zumbrunn gegen Bern.

A. Auf Klage seiner Ehefrau Rosalie geb. Rufener sprach das Amtsgericht Niedersimmenthal durch Urtheil vom 14. März 1877 gegenüber dem nach New-York ausgewanderten Ulrich Bohren, Mechaniker, von Grindelwald, nach vorangegangener Ladung auf dem Ediktalwege, in contumaciam die Ehescheidung aus. Nachdem sich nun seine gewesene Ehefrau inzwischen mit

dem Gerichtspräsidenten Gottfried Emanuel Zumbrunn in Erlenbach verehelicht hatte, begehrte Ulrich Bohren, indem er behauptete, daß ihm die erlassenen Ediktalladungen nicht bekannt geworden seien, gegenüber dem erwähnten Kontumazialurtheile die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und lud zum Zwecke der Beurtheilung des gestellten Wiedereinsetzungsbegehrens seine gewesene Ehefrau, sowie deren nunmehrigen Ehemann durch Kundmachung und Vorladung vom 10. August 1878 vor das Amtsgericht Niedersimmenthal. Im Laufe des Wiedereinsetzungsverfahrens gelangten, in Folge einer von Bohren gegen das Amtsgericht eingereichten Beschwerde wegen Rechtsverweigerung, die Prozeßakten an den Appellations- und Kassationshof des Kantons Bern. Dieser Gerichtshof erkannte hierauf, gestützt auf die Erwägung, daß das Ehescheidungsurtheil vom 14. März 1877 aus mehrfachen Gründen in Folge wesentlicher prozessualischer Mängel nichtig sei, daß es sich ferner um unveräußerliche Status- und Familienrechte handle, auf welche die Parteien nicht gültig verzichten können, übrigens Bohren selbst das Urtheil nicht als gültig anerkenne und daß das Gericht oberer Instanz gegen leichtsinniges Verfahren in Ehescheidungssachen von Amtswegen einzuschreiten berechtigt und verpflichtet sei, unterm 14. Dezember 1878, das Urtheil des Amtsgerichtes Niedersimmenthal vom 14. März 1877 werde mit allen seinen Folgen von Amtswegen nichtig erklärt, ebenso das vorausgegangene Verfahren und die Ediktalaufforderung vom 11. Juli 1876, und es werde das Amtsgericht von Niedersimmenthal angewiesen, gemäß Art. 51 des Bundesgesetzes vom 24. Dezember 1874 betreffend Civilstand und Ehe in Betreff der seither durch die Ehefrau Bohren, geb. Rufener, eingegangenen Ehe das Nichtigkeitsverfahren einzuleiten.

B. Nachdem nun nach vorangegangener Weigerung des Amtsgerichtes Niedersimmenthal, das Nichtigkeitsverfahren, da dies ungesetzlich sei, von Amtswegen einzuleiten, die Staatsanwaltschaft Klage auf Nichtigerklärung der zwischen dem Gerichtspräsidenten G. E. Zumbrunn und Rosalie, geb. Rufener, abgeschlossenen Ehe erhoben hatte, wies das Amtsgericht Niedersimmenthal durch Urtheil vom 23. Juli 1879 diese Klage ab.

Der Appellations- und Kassationshof dagegen, auf Appellation der Staatsanwaltschaft hin, erkannte unterm 27. November 1879:

1. Der Klägerin, Staatsanwaltschaft des ersten Bezirks, Namens des Staates des Kantons Bern, ist das von ihr gestellte Rechtsbegehren zugesprochen und demgemäß die zwischen Gottfried Emanuel Zumbrunn und Rosalie, geb. Rufener, geschlossene Ehe nichtig erklärt.

2. Die aus dieser Ehe hervorgegangenen Kinder Namens Bertha und Wilhelm sind dem Ehemann Gottfried Emanuel Zumbrunn zur Verpflegung und Erziehung zugesprochen.

3. Die Kosten sind dem Staate auferlegt; der Beklagte Gottfried Emanuel Zumbrunn, für sich und Namens er handelt, hat jedoch von daher keine Kosten zu fordern.

C. Gegen dieses Urtheil ergriff G. E. Zumbrunn, für sich und Namens er handelt, sowohl die Weiterziehung an das Bundesgericht, gestützt auf Art. 29 des Gesetzes über Organisation der Bundesrechtspflege, da es sich um eine Ehestreitigkeit, welche nach dem eidgenössischen Civilstandsgesetze zu beurtheilen sei, handle, als auch den staatsrechtlichen Rekurs gestützt auf Art. 59 leg. cit., weil durch das angefochtene Urtheil sowohl die Bundes- als die bernische Kantonalverfassung verletzt sei. Er stellt in seiner schriftlichen Rekurseingabe das Begehren: „Es sei in Abänderung des Urtheils des bernischen Appellations- und Kassationshofes vom 27. November 1879 das Begehren der Staatsanwaltschaft des Kantons Bern auf Nichtigkeitserklärung der Ehe Zumbrunn-Rufener abzuweisen unter Folge der Kosten." Zur Begründung wird ausgeführt: Das Urtheil des Appellations- und Kassationshofes vom 14. Dezember 1878, durch welches das rechtskräftige Scheidungsurtheil des Amtsgerichts Niedersimmenthal von Amtswegen kassirt worden sei, sei gesetzwidrig, denn kein Gesetz räume dem Appellations- und Kassationshofe die exorbitante Befugniß ein, rechtskräftige Urtheile von Amtswegen, ohne Gewährung des rechtlichen Gehörs und ohne Rechtsverfahren zu kassiren; vielmehr normire die bernische Civilprozeßordnung ganz genau die Rechtsmittel, durch welche die Parteien die Vernichtung eines

rechtskräftigen Urtheils herbeiführen können. Eine derartige Befugniß des Appellations- und Kassationshofes könne auch weder aus der theilweise öffentlich-rechtlichen Natur der Ehestreitigkeiten, noch aus der Befugniß des Obergerichts abgeleitet werden, die formell gesetzliche Führung der Prozesse bei den Untergerichten als höhere Aufsichtsbehörde zu überwachen, denn in ersterer Hinsicht sei zu bemerken, daß eine solche Befugniß zur Kassation ex officio auch gegenüber Strafurtheilen, die doch ausschließlich öffentlich-rechtlicher Natur seien, anerkanntermaßen nicht bestehe; die Befugnisse des Obergerichtes als Aufsichtsbehörde sodann beziehen sich lediglich auf anhängige Prozesse, keineswegs auf rechtskräftig gewordene Urtheile. Wenn nun demgemäß das Urtheil des Appellations- und Kassationshofes vom 14. Dezember 1878 die wesentlichsten Grundsätze des Civilprozesses verletze, so sei es auch verfassungswidrig. Es verstoße nämlich gegen den Art. 58 Abs. 1 und 54 der Bundesverfassung und Art. 74 der Kantonsverfassung. Wenn Art. 58 Abs. 1 der Bundesverfassung die Einsetzung von Ausnahmegerichten verbiete und das Prinzip aufstelle, daß Niemand seinem verfassungsmäßigen Richter entzogen werden dürfe, und wenn Art. 74 der bernischen Kantonalverfassung vorschreibe, daß Niemand seinem ordentlichen Richter entzogen werden dürfe, so sei damit den Bürgern nicht nur garantirt, daß sie keinen Ausnahmegerichten, d. h. vom Gesetze überhaupt nicht vorgesehenen Behörden, unterstellt werden, sondern auch, daß sie den nach dem gesetzlich geordneten Instanzenzug zuständigen Gerichten nicht durch einen Willkürakt der Behörden entzogen werden. Letzteres sei aber durch das Urtheil vom 14. Dezember 1878 geschehen, da in diesem Urtheile der Appellations- und Kassationshof gesetzwidriger Weise als erste und letzte Instanz und ohne jedes Rechtsverfahren geurtheilt habe. Der Art. 54 der Bundesverfassung, welcher das Recht zur Ehe unter den Schutz des Bundes stelle, sodann sei dadurch verletzt, daß in Folge des Urtheils vom 14. Dezember 1878 nachträglich in gesetzwidriger und verfassungswidriger Weise ein Nichtigkeitsgrund für die Ehe Zumbrunn-Bohren geschaffen worden sei, welcher zur Zeit der Eingehung derselben nicht existirte und in Folge dessen durch das Ur-

theil vom 27. November 1879 diese Ehe für nichtig erklärt worden sei. Dieses ganze Verfahren qualifizire sich als ein polizeiliches und somit gegen Art. 54 der Bundesverfassung verstoßendes. Auch nach § 96 der bernischen Verfassung, welcher die Anwendung verfassungswidriger Verfügungen verbiete, könne das verfassungswidrige Urtheil vom 14. Dezember 1878 zur Begründung des Nichtigkeitsurtheils vom 27. November 1879 nicht dienen.

D. Ulrich Bohren, dem die Rekurseingabe zur Vernehmlassung mitgetheilt wurde, macht in seiner Antwortschrift wesentlich geltend: der staatsrechtliche Rekurs des Zumbrunn, Namens er handelt, sei nur dem Scheine nach gegen das Urtheil vom 27. November 1879, in Wahrheit gegen dasjenige vom 14. Dezember 1878 gerichtet; auf dieses beziehen sich alle Ausführungen der Rekursschrift betreffend Gesetzes- und Verfassungsverletzungen, während in Bezug auf das Urtheil vom 27. November 1879 von solchen gar nicht die Rede sei. In seiner Richtung gegen das Urtheil vom 14. Dezember 1878 sei aber der Rekurs längst verjährt. Uebrigens sei der Rekurs auch materiell unbegründet, da durch das Urtheil vom 14. Dezember 1878 kein Gesetz verletzt worden sei, übrigens, auch vorausgesetzt, daß der Appellations- und Kassationshof durch dieses Urtheil die ihm als Aufsichtsbehörde zustehenden Kompetenzen zu weit interpretirt hätte, doch jedenfalls von einer Verfassungsverletzung nicht gesprochen werden könne. Endlich sei darauf hinzuweisen, daß in der Rekursschrift ein dem Rechtsmittel des staatsrechtlichen Rekurses entsprechendes Rechtsbegehren nicht enthalten sei. Als solches könne nämlich der Schluß auf Abweisung der Klage der Staatsanwaltschaft nicht gelten, ein solches Begehren entspreche vielmehr nur dem Rechtsmittel der Appellation, während der Schluß eines staatsrechtlichen Rekurses nur auf Aufhebung des angefochtenen Urtheils, nicht auf meritorische Beurtheilung der Sache gerichtet sein könnte. Demnach werde beantragt:

1. Es sei schon aus dem formellen Grunde, weil ein eigentliches Beschwerderechtsbegehren nicht gestellt ist, in den Rekurs des Zumbrunn, für sich und Namens er handelt, nicht einzutreten.

2. Es sei der Rekurs, weil nur zum Schein gegen das Urtheil vom 27. November 1879, in Wahrheit aber gegen dasjenige vom 14. Dezember 1878 gerichtet, als verspätet und deßhalb nicht annehmbar zu erklären, somit auch aus diesem Grunde in eine einläßliche Beurtheilung desselben nicht einzutreten.

3. Es sei der Rekurs des Zumbrunn, für sich und Namens er handelt, aus formellen und materiellen Gründen abzuweisen, unter Kostenfolge nach den bestehenden Gesetzen.

E. Der bernische Appellations- und Kassationshof, welchem die Rekursschrift ebenfalls zur Vernehmlassung mitgetheilt wurde, bezieht sich in seiner Zuschrift vom 10. Januar 1880 lediglich auf die Motive seiner Entscheidungen vom 14. Dezember 1880 und 27. November 1879.

F. Bei der heutigen Verhandlung stellt der Vertreter des Zumbrunn, für sich und Namens er handelt, vor Eröffnung der Verhandlungen in der Hauptsache, unter Berufung auf Art. 30 Lemma 4 des Gesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege, sowie darauf, daß U. Bohren sich an dem Nichtigkeitsverfahren vor den kantonalen Gerichten, nachdem er mit einem gegen das Erstinstanzgericht gerichteten Rekusationsbegehren abgewiesen worden sei, nicht mehr betheiligt habe, das Begehren: Es sei dem Ulrich Bohren von Grindelwald, Mechaniker, d. Z. in New-York, nicht zu gestatten, bei gegenwärtigem Verfahren vor Bundesgericht in irgendwelcher Form, sei es als Haupt- oder Nebenintervenient, als Partei aufzutreten, unter Kostenfolge.

Der Vertreter des Bohren schließt auf Abweisung dieses Begehrens unter Kostenfolge, während der Generalprokurator des Kantons Bern einen Antrag in Beziehung auf diese Vorfrage nicht stellt.

Das Bundesgericht zieht in Betreff der aufgeworfenen Vorfrage in

Erwägung:

Da sowohl das bernische (§ 38 u. ff. der bernischen P.-O.) als auch das eidgenössische Prozeßrecht (§ 16 eidg. C.-P.-O.) in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Rechte die Betheiligung

dritter Personen, welche am Ausgange des Rechtsstreites ein rechtliches Interesse haben, in jedem Stadium der Sache gestatten, und, wie das Bundesgericht in seiner Entscheidung in Sachen Uebernolla und Rongellen vom 10. Juni 1876 (Entscheidungen, amtl. Sammlung II S. 240) ausgesprochen hat, auch in staatsrechtlichen Streitigkeiten eine solche Intervention dritter Betheiligter zulässig ist, so erscheint, ganz abgesehen von der Frage, ob nicht in Beziehung auf den staatsrechtlichen Rekurs, weil dieser wesentlich gegen das Urtheil des bernischen Appellations- und Kassationshofes vom 14. Dezember 1878 gerichtet sei, Bohren als Hauptpartei betrachtet werden müsse, die Einwendung gegen die Betheiligung des U. Bohren an der heutigen Verhandlung als unbegründet, denn es kann offenbar nicht geleugnet werden, daß Bohren an dem Ausgange des Rechtsstreites ein wesentliches rechtliches Interesse hat. Der in Bezug genommene § 30 Al. 4 des Gesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege kann hier in keiner Weise in Betracht kommen; denn, da der Intervenient die Sache in derjenigen Lage aufnehmen muß, in welcher er sie findet, und lediglich auf Grund der Aktenlage diejenigen Momente geltend machen und Anträge stellen kann, welche er als seinen Interessen dienlich erachtet, so ist nicht einzusehen, inwiefern durch die Zulassung der Intervention in der bundesgerichtlichen Instanz das Prinzip, daß das Bundesgericht auf Grund des von den kantonalen Gerichten festgestellten Thatbestandes zu urtheilen hat, verletzt werden könnte.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Das gestellte vorfragliche Begehren wird abgewiesen.

G. Nachdem hierauf zur Verhandlung in der Hauptsache geschritten worden ist, stellte der Vertreter des Zumbrunn, für sich und Namens er handelt, den Antrag auf Zuspruch des in der Rekursschrift gestellten Rechtsbegehrens und Abweisung der in der Rekursbeantwortung gestellten Rechtsbegehren des U. Bohren unter Kostenfolge.

Der Vertreter des Bohren hält die gestellten Rechtsbegehren

aufrecht und beantragt Abweisung des von Zumbrunn, für sich und Namens er handelt, gestellten Anträge unter Kostenfolge.

Der Generalprokurator des Kantons Bern beantragt ebenfalls Abweisung der von der Gegenpartei gestellten Anträge und Bestätigung des Urtheils des bernischen Appellations- und Kassationshofes vom 27. November 1879 unter Folge der Kosten.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die gegen die Zulässigkeit des staatsrechtlichen Rekurses in der Rekursbeantwortung des U. Bohren erhobene Einwendung, daß ein einem staatsrechtlichen Rekurse entsprechendes Rechtsbegehren von den Rekurrenten nicht gestellt sei, ist unbegründet. Denn nach der dem gestellten Rechtsbegehren gegebenen Begründung kann es keinem Zweifel unterliegen, daß Rekurrenten behaupten, durch das angefochtene Urtheil in ihren verfassungsmäßigen Rechten verletzt zu sein und deßhalb dessen Aufhebung im Wege des staatsrechtlichen Rekurses verlangen, womit dann gleichzeitig im Wege der Weiterziehung nach Art. 29 des Gesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege der Antrag auf Abänderung dieses Urtheils verbunden wird. Auf die formelle Fassung des Rechtsbegehrens kann dabei überall nichts ankommen.

2. Soweit nun aber der staatsrechtliche Rekurs gegen das Urtheil vom 27. November 1879, durch welches die Ehe Zumbrunn-Bohren für nichtig erklärt wurde, gerichtet ist, erscheint derselbe ohne weiters als unbegründet. Denn von einer Verletzung des Art. 58 Abs. 1 der Bundesverfassung oder des Art. 74 der bernischen Kantonalverfassung kann in Beziehung auf dieses Urtheil offenbar nicht die Rede sein und es wird übrigens eine solche von den Rekurrenten auch gar nicht behauptet. Die Berufung auf Art. 54 der Bundesverfassung dagegen, wonach das Recht zur Ehe unter dem Schutze des Bundes steht und weder aus kirchlichen noch ökonomischen Rücksichten, noch wegen bisherigen Verhaltens oder aus andern polizeilichen Gründen beschränkt werden darf, welcher Grundsatz dadurch verletzt sein soll, daß die Ehe Zumbrunn-Bohren aus polizeilichen Gründen aufgelöst worden sei, ist eine völlig verfehlte, denn, wenn auch die erwähnte Verfassungsbestimmung nicht auf die

Garantie des Rechtes der Eheschließung beschränkt ist, sondern zugleich eine Garantie gegen willkürliche Ehetrennung aus polizeilichen Gründen enthält, so hat dieselbe doch ihre abschließliche Ausführung durch das Bundesgesetz über Civilstand und Ehe vom 24. Dezember 1874 gefunden, welches sowohl die Ehehindernisse als die Ehenichtigkeits- und Ehescheidungsgründe erschöpfend normirt. Ob daher die Nichtigerklärung einer Ehe begründet ist, beurtheilt sich ausschließlich danach, ob einer der gesetzlichen Nichtigkeitsgründe vorhanden ist, und gegen Urtheile kantonaler Gerichte, welche eine Ehe ohne gesetzlichen Grund für nichtig erklären, ist nicht der staatsrechtliche Rekurs, sondern die Weiterziehung an das Bundesgericht nach Art. 29 des Gesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege gegeben.

3. Es ist denn auch vom Vertreter der Rekurrenten bei der heutigen Verhandlung zugegeben worden, daß sich der staatsrechtliche Rekurs im Wesentlichen nicht sowohl gegen das Urtheil vom 27. November 1879, als vielmehr gegen dasjenige vom 14. Dezember 1878 richte, durch welches das Urtheil des Amtsgerichtes Niedersimmenthal von Amtswegen kassirt wurde und welches die Grundlage des Nichtigkeitsurtheils vom 27. November 1879 bildet. In dieser Richtung erscheint nun aber der Rekurs als verspätet. Denn a) zugestandenermaßen wurde der Rekurs gegen das fragliche Urtheil nicht innerhalb der in Art. 59 des Gesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vorgeschriebenen sechzigtägigen Frist, von Eröffnung desselben an, ergriffen. b) Die bei der heutigen Verhandlung aufgestellte Behauptung des Vertreters des Rekurrenten, daß wenigstens dem Ehemann Zumbrunn die Rekursfrist erst von Eröffnung des seine Ehe für nichtig erklärenden Urtheils vom 27. November 1879 an laufe, da er bei dem Kassationsurtheile vom 14. Dezember 1878 nicht als Partei betheiligt gewesen sei und dasselbe nicht unmittelbar in seine Rechte eingegriffen habe, so daß man sogar seine Rekursberechtigung in Zweifel hätte ziehen können, erscheint als unbegründet. Denn der Ehemann Zumbrunn war bei dem Verfahren, welches dem Urtheile vom 14. Dezember 1878 vorherging, persönlich mit ins Recht gefaßt, das Urtheil berührte, insofern dadurch Auftrag zur Ein-

leitung des Nichtigkeitsverfahrens gegen seine Ehe gegeben wurde, unmittelbar auch seine Rechte und wurde ihm persönlich eröffnet; es konnte ihm auch überhaupt unmöglich entgehen, daß dasselbe mit dem Bestand der von ihm abgeschlossenen Ehe unvereinbar sei. Veranlassung und Berechtigung, gegen das fragliche Urtheil den Rekurs an das Bundesgericht zu ergreifen, lag also für ihn unzweifelhaft vor und wenn er dies nicht binnen der gesetzlichen Frist gethan hat, so hat er dadurch eben nach Mitgabe des Gesetzes die Rekursberechtigung verwirkt. Einer materiellen Prüfung des staatsrechtlichen Rekurses, soweit er gegen das Urtheil vom 14. Dezember 1878 gerichtet ist, bedarf es also nicht.

4. Erscheint nun aber der staatsrechtliche Rekurs gegen das Erkenntniß vom 14. Dezember 1878 verspätet, so ist dasselbe als rechtskräftiges Urtheil für das Bundesgericht verbindlich. Denn davon, daß eine Prüfung der Verfassungsmäßigkeit desselben auf Grund des § 96 der bernischen Staatsverfassung, wonach keine Gesetze, Verordnungen oder Beschlüsse, welche mit der Verfassung in Widerspruch stehen, angewendet oder erlassen werden dürfen, auch jetzt noch Platz zu greifen habe, beziehungsweise daß die Rechtskraft des fraglichen Urtheils von seiner Verfassungsmäßigkeit abhängig sei, kann selbstverständlich keine Rede sein. Abgesehen davon, daß dem erwähnten Satze der bernischen Staatsverfassung, wie das Bundesgericht bereits in seinem Entscheide in Sachen Hirsbrunner (Entscheidungen, amtl. Samml. II S. 105) ausgeführt hat, soweit er von der Anwendung von Gesetzen und Beschlüssen spricht, nur die Bedeutung einer Uebergangsbestimmung zukommt, kann derselbe offenbar nicht auf richterliche Urtheile bezogen werden, wie sich sowohl aus seiner Wortfassung als auch daraus ergibt, daß eine entgegengesetzte Auslegung eine vollständige Umwälzung aller Grundsätze über Rechtskraft der Urtheile zur Folge haben müßte.

5. Wenn nun aber das Erkenntniß des bernischen Appellations- und Kassationshofes vom 14. Dezember 1878 für das Bundesgericht verbindlich ist, so ist die gegen das Urtheil vom 27. November 1879 eingelegte Weiterziehung offenbar unbegrün-

det. Denn wenn das Scheidungsurtheil des Amtsgerichtes Niederstimmenthal vom 14. März 1877 rechtsverbindlich als nichtig erklärt worden ist, so wurde die Ehe des U. Bohren mit der Rosalie, geb. Rufener, überhaupt niemals rechtsgültig aufgelöst, bestand also zur Zeit der Eingehung der Ehe des Zumbrunn mit der Rosalie, geb. Rufener, noch zu Recht, so daß dieser letztern Ehe von vornherein das öffentlich trennende Ehehinderniß des Art. 28 Ziffer 1 des Gesetzes über Civilstand und Ehe entgegenstand, was mit Nothwendigkeit zur Nichtigerklärung derselben führen mußte. (Art. 51 leg. cit.)

6. In Beziehung auf die Kostenvertheilung rechtfertigt es sich, den Rekurrenten, da sie mit den sämmtlichen Begehren abzuweisen sind, die Gerichtskosten sowie eine Prozeßentschädigung an U. Bohren aufzuerlegen; von der Auflage einer Prozeßentschädigung gegenüber dem Staate Bern kann mit Rücksicht darauf, daß auch in dem angefochtenen Urtheile das Gericht die Kosten auf die Gerichtskasse übernommen hat, für die gegenwärtige Instanz ebenfalls abgesehen werden.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

1. Der staatsrechtliche Rekurs wird, soweit er gegen das Urtheil des bernischen Appellations- und Kassationshofes vom 27. November 1879 gerichtet ist, als unbegründet abgewiesen; soweit er gegen das Urtheil des nämlichen Gerichtshofes vom 14. Dezember 1878 gerichtet ist, wird auf denselben nicht eingetreten.

2. Die Weiterziehung des Urtheils vom 27. November 1879 wird als unbegründet abgewiesen.

VI. Civilstreitigkeiten zwischen Kantonen einerseits und Privaten oder Korporationen anderseits.

Différends de droit civil entre des cantons d'une part et des corporations ou des particuliers d'autre part.

53. Urtheil vom 10. April 1880 in Sachen Chur gegen Graubünden.

A. Im Jahre 1877 stellten die Steuerbehörden der Stadt Chur, gestützt auf das im Frühling gl. Js. angenommene neue städtische Steuergesetz, wonach aller Erwerb aus in Chur betriebenen Geschäften der Stadt versteuert werden muß, der Verwaltung der graubündnerischen Kantonalbank einen Steuerzettel zur Angabe ihres steuerbaren Vermögens und Einkommens zu. Der Direktor der Kantonalbank wies jedoch denselben mit der Bemerkung zurück, die Kantonalbank werde kaum verpflichtet sein, städtische Steuern zu bezahlen; jedenfalls müßten darüber vorerst die zuständigen Behörden entscheiden. Der mit der Sache befaßte Kleine Rath des Kantons Graubünden sprach hierauf durch Zuschrift an den Stadtrath vom März 1878 der Stadt Chur das Besteuerungsrecht gegenüber der Kantonalbank unter eingehender Begründung ab, indem er gleichzeitig erklärte, daß er, wenn der Stadtrath von Chur auf dem erhobenen Anspruche beharren sollte, die Frage der Standeskommission und dem Großen Rathe, welchen Behörden die gültige Interpretation der Gesetze zustehe, zur schließlichen Entscheidung vorlegen müßte. Da der Stadtrath von Chur durch Zuschrift vom 27. Mai 1878 auf seinem Anspruche beharrte, so wurde die Frage dem Großen Rathe vorgelegt, welcher über die ihm gemachte Vorlage am 17. Juni 1878 in der Meinung zur Tagesordnung schritt, daß damit implicite das Vorgehen des Kleinen Rathes gebilligt, somit der Stadt Chur das Recht zur Besteuerung der Kantonalbank abgesprochen sei.

B. Hierauf reichte die Stadt Chur, gestützt auf Art. 110 Ziffer 4 der Bundesverfassung und auf Art. 27 Ziffer 4 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege beim Bundesgerichte eine vom 15. März 1879 datirte Klageschrift ein, in welcher sie die Rechtsbitte stellt: das Bundesgericht möge erkennen: 1) Es sei die Regierung des Kantons Graubünden nicht berechtigt, die Besteuerung der graubündener Kantonalbank, d. h. ihres Erwerbes und ihres Reservefonds, durch die Stadt Chur zu verhindern. 2) Kostenfolge. Zur Begründung wird im Wesentlichen bemerkt: Die graubündnerische Kantonalbank sei, wie des näheren ausgeführt wird, eine selbständige juristische Person, nicht eine bloße Abtheilung des kantonalen Fiskus. Als juristische Person sei dieselbe im Gebiete des Vermögensrechtes rechtsfähig wie physische Personen, deßhalb aber auch steuerpflichtig, wie dies der Kanton selbst dadurch, daß er die Kantonalbank einer Konzessionsgebühr für ihre Notenemission unterwerfe, anerkannt habe. Daß der Kanton einerseits Garant für die von der Bank eingegangenen Verbindlichkeiten sei, anderseits den Jahresnutzen im wesentlichen beziehe, ändere hieran nichts. Denn bei einem Erwerbsgeschäfte komme es mit Bezug auf die Steuern nicht darauf an, auf wessen Rechnung dasselbe arbeite, sondern lediglich darauf, ob es nach außen als selbständiges Rechtssubjekt erscheine. Diesem Grundsatze müsse sich auch der Staat unterwerfen, wenn er industrielle Geschäfte errichte, welche als selbständige Rechtssubjekte auftreten. Allein auch wenn der Staat das Bankgeschäft in eigenem Namen betriebe, so stände seiner Besteuerung durch die Stadt Chur nach graubündnerischen Gesetzen doch kein Hinderniß entgegen, denn nur Grundeigenthum des Staates, welches unmittelbar zu Staatszwecken diene, nicht aber anderes Staatsvermögen, sei nach einem Gesetze vom 28. November 1854 von der Gemeindebesteuerung befreit. Vollends von keinem Belange sei es, wenn die Regierung des Kantons Graubünden sich auf § 6 des städtischen Steuergesetzes berufe, wonach der Einkommenssteuer unterliegen Erwerb und Einkommen hiesiger Einwohner und hier bestehender Korporationen und Erwerbsgesellschaften. Wenn hier von den Stiftun-

gen, zu welcher Klasse von juristischen Personen die Kantonalbank gehöre, nicht ausdrücklich die Rede sei, so sollen damit doch offenbar alle juristischen Personen bezeichnet werden, wie sich auch daraus ergebe, daß in § 7 des nämlichen Steuergesetzes, welcher von der Steuerbefreiung handle, keine juristischen Personen genannt werden.

C. In ihrer Vernehmlassung macht die Regierung des Kantons Graubünden geltend: Wie sich aus den in Bezug genommenen Bestimmungen der Bundesverfassung und des Gesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege ergebe, wolle die Stadt Chur ihren Anspruch im Wege der Civilklage verfolgen und begründe darauf die Kompetenz des Bundesgerichtes. Es handle sich nun aber im vorliegenden Falle gar nicht um einen privatrechtlichen Anspruch, sondern um einen Anspruch öffentlichrechtlicher Natur. Denn in Frage liege, ob der Stadt Chur das Besteuerungsrecht gegenüber der graubündnerischen Kantonalbank zustehe, als offenbar nicht ein beanspruchtes privates Vermögensrecht, sondern ein Recht publizistischer Natur; das Bundesgericht sei also zur Beurtheilung der angestellten Klage nicht kompetent. Denn die Interpretation kantonaler Verwaltungs- und Steuergesetze, auf welche es im vorliegenden Falle ankomme, stehe nicht dem Bundesgerichte, sondern den zuständigen kantonalen Verwaltungsbehörden zu. Wollte man übrigens auch annehmen, die vorliegende Klage sei civilrechtlicher Natur, so wäre sie doch jedenfalls unrichtig angebracht und materiell unbegründet. Denn als Civilklage könnte sie nicht, wie geschehen, gegen die Regierung als verfügende Behörde, sondern sie müßte entweder gegen die Regierung als Vertreterin des kantonalen Fiskus oder aber gegen die graubündnerische Kantonalbank angebracht werden, wenn man die letztere, wie die Stadt Chur dies thue, als selbständiges Rechtssubjekt betrachte; in letzterem Falle wäre dann aber wiederum das Bundesgericht zur Entscheidung nicht kompetent. In der Sache selbst sei die Entscheidung der graubündnerischen Behörden durchaus gerechtfertigt. Die Bank könne nicht als selbständiges Rechtssubjekt betrachtet werden, sondern bilde eine Abtheilung der kantonalen Verwaltung, sollte man sie übrigens auch als formell selbstän-

diges Rechtssubjekt betrachten, so verwalte sie doch, da der Reingewinn zu Staatszwecken verwendet werde, Staatsgut und müsse daher von der Steuerpflicht befreit sein. Denn nach allgemein geltenden Rechtsgrundsätzen unterstehe der Staat der Gemeindebesteuerung nicht, wovon auch nach graubündnerischem Rechte nur für Grundeigenthum, das nicht unmittelbar zu Staatszwecken diene, eine Ausnahme gemacht werde und welcher Grundsatz sogar, wie näher ausgeführt wird, im städtischen Steuergesetze selbst anerkannt sei. Demnach wird beantragt: 1) Die Civilklage der Stadt Chur sei wegen Nichtzuständigkeit des Bundesgerichtes zurückzuweisen. 2) Eventuell sei die Stadt Chur mit ihren Rechtsbegehren überhaupt, weil unbegründet, abzuweisen.

D. In ihrer Replik bemerkt die Stadt Chur, während sie in der Sache selbst die Ausführungen der Regierung bekämpft und an den Behauptungen der Klageschrift festhält, in Bezug auf die aufgeworfene Kompetenz-Einrede: Wenn auch im Allgemeinen das Steuerwesen dem öffentlichen Rechte unterstehe und in den Bereich der kantonalen Souveränität falle, so sei dies doch im vorliegenden Falle deßhalb anders, weil es sich in erster Linie nicht um die Auslegung der kantonalen und städtischen Steuergesetzgebung, sondern um eine eminent civilrechtliche Frage, nämlich die Frage handle, ob die Kantonalbank ein selbständiges Rechtssubjekt sei oder nicht. Die Klage sei darauf gerichtet, daß die Kantonalbank mit Rücksicht auf ihre Steuerpflicht als juristische Person vom Kanton anzuerkennen, mit andern Worten, daß der Kanton nicht berechtigt sei, sich mit der Kantonalbank zu dem Ende zu identifiziren, um letztere der Kommunalsteuer zu entziehen.

Duplikando führt die Regierung von Graubünden, indem sie im Uebrigen die von ihr vertretenen Aufstellungen näher begründet, in Bezug auf die Kompetenzfrage aus: Wenn auch die, übrigens nicht einmal entscheidende Frage, ob die Kantonalbank ein selbständiges Rechtssubjekt sei oder nicht, eine civilrechtliche sei, so werde doch dadurch der gegenwärtige Rechtsstreit nicht selbst zu einem civilrechtlichen: denn es handle sich nichtsdestoweniger lediglich um das Besteuerungsrecht, also um ein

öffentliches Recht gegenüber einem bestimmten Subjekte, beziehungsweise Vermögenskomplexe.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Wie aus der in der Klageschrift gegebenen Begründung der Kompetenz des Bundesgerichtes zur Beurtheilung des gestellten Rechtsbegehrens sich ergibt und übrigens zwischen den Parteien nicht bestritten ist, ruft die Klägerin das Bundesgericht als Civilgericht an, indem sie glaubt, daß die vorliegende Streitsache sich deßhalb als Civilprozeßsache qualifizire, weil deren Entscheidung, ihrer Ansicht nach, zunächst von der Lösung der nach civilrechtlichen Grundsätzen zu beantwortenden Frage, ob die graubündner Kantonalbank eine selbständige juristische Person oder eine Abtheilung des kantonalen Fiskus sei, abhängt.

2. Diese Ansicht ist aber offenbar unbegründet und es liegt hier eine Civilprozeßsache überall nicht vor. Denn:

a) Das Rechtsbegehren der Klägerin geht dahin, es sei zu erkennen, die Regierung des Kantons Graubünden sei nicht berechtigt, die Stadt Chur an der Besteuerung der graubündnerischen Kantonalbank zu verhindern. Es wird also beantragt, es sei zu erklären, die Regierung sei nicht berechtigt, eine bestimmte Verwaltungshandlung vorzunehmen. Die Klage ist demnach nicht gegen die Regierung als Vertreterin des Staatsfiskus, beziehungsweise gegen den Staat als Privatrechtssubjekt, sondern vielmehr gegen die Regierung als solche, d. h. als Organ der Staatshoheit gerichtet.

b) In Bezug auf hoheitliche Verfügungen kann nun der Staat beziehungsweise die staatliche Verwaltungsbehörde nur insofern vor den Civilgerichten belangt werden, als es privatrechtliche Folgen solcher Verfügungen anbelangt, d. h. insofern es sich um einen Eingriff in die Privatrechtssphäre des Klägers handelt. Ein Eingriff in die Privatrechtssphäre der Stadt Chur wird aber in concreto von dieser gar nicht behauptet und es kann auch von einem solchen offenbar nicht die Rede sein. Denn das Besteuerungsrecht der Gemeinde, dessen Ausdehnung auf ein bestimmtes Subjekt beziehungsweise einen bestimmten Vermögenskomplex hier in Frage steht, ist lediglich ein Ausfluß der öffentlich rechtlichen Stellung der Gemeinde, nicht eine der-

selben als Privatrechtssubjekt zustehende Berechtigung. (Vergl. Entscheidungen, amtliche Sammlung II S. 157 u. ff.) Entscheidungen der kantonalen Behörden über die Ausdehnung dieses Rechtes in subjektiver oder objektiver Beziehung können daher nicht auf dem Wege der Civilklage, sondern nur, sofern sie eine Verletzung verfassungsmäßiger Gewährleistungen enthalten sollten, auf dem Wege des staatsrechtlichen Rekurses beim Bundesgerichte angefochten werden.

c) Völlig unerheblich ist daneben der Umstand daß, nach der Behauptung der Klägerin, die allerdings nach civilrechtlichen Grundsätzen zu beantwortende Frage, ob die graubündnerische Kantonalbank eine selbständige juristische Person neben dem kantonalen Fiskus sei, für die Entscheidung über die Steuerberechtigung der Gemeinde von Bedeutung ist. Denn für die Frage, ob eine Verwaltungssache oder eine Civilprozeßsache vorliege, ist nach allgemein anerkannten Grundsätzen einzig die Natur des streitigen Anspruches entscheidend, während es völlig gleichgültig bleibt, ob in Beziehung auf einzelne Punkte Rechtssätze des öffentlichen oder des Privatrechtes zur Anwendung zu bringen sind.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Auf die Frage wird wegen Inkompetenz des Gerichtes nicht eingetreten.

---

54. Urtheil vom 26. Juni 1880 in Sachen eidgenössische Bank gegen Staat Freiburg.

A. Der Staat Freiburg schuldete als Rechtsnachfolger der Eisenbahngesellschaft Lausanne-Freiburg-Bern der Gesellschaft der Paris-Lyon-Mittelmeerbahn in Paris den Kaufpreis für die Linie Genf-Versoix im Betrage von ungefähr 6 Millionen Franken. Die Gesellschaft der Paris-Lyon-Mittelmeerbahn verlangte Abtragung dieser Schuld und es kam nun, durch Dazwischenkunft der eidgenössischen Bank in Bern, folgende Kombination zu Stande: Durch Vertrag vom 19. November 1864 zwischen

der Paris-Lyon-Mittelmeerbahngesellschaft und der eidgenössischen Bank zedirte die erstere der letztern ihr Guthaben an die Eisenbahngesellschaft Lausanne-Freiburg-Bern und zwar al pari. (Art. 1 und 2 dieses Vertrages.) Ueber die Bezahlung des Cessionspreises wurde stipulirt, daß der Kanton Freiburg für den Betrag der fraglichen Schuld Staatsobligationen von je 500 Fr., welche zu 5 % verzinsbar und vom 1. Januar 1880 an in 10 Jahresserien rückzahlbar seien, kreiren solle und diese der Paris-Lyon-Mittelmeerbahngesellschaft an Zahlungsstatt zu übergeben seien. (Art. 3 des cit. Vertrages.) Für Verzinsung und Rückzahlung dieser Obligationen verpflichtete sich die eidgenössische Bank gegenüber der Paris-Lyon-Mittelmeerbahn als solidarischer Bürge; im Uebrigen übernahm dieselbe die weitere Verpflichtung, diese Obligationen serienweise bis zum 31. Dezember 1871 al pari zurückzukaufen. (Art. 4 des Vertrages.) Durch einen Vertrag, welcher am 28. November 1864 zwischen den Delegirten des Kantons Freiburg und der eidgenössischen Bank unter Ratifikationsvorbehalt in Bern abgeschlossen, am 9. Dezember 1864 von dem Verwaltungsrathe der eidgenössischen Bank, am 30. November 1864 vom Regierungsrathe und am 15. Dezember gl. J. vom Großen Rathe des Kantons Freiburg ratifizirt wurde, trat der Kanton Freiburg dem Vertrage zwischen der eidgenössischen Bank und der Paris-Lyon-Mittelmeerbahngesellschaft vom 19. November 1864 seinerseits bei. In diesem Vertrage vom 28. November 1864 wird, neben der Stipulation einer Kommissionsgebühr für die eidgenössische Bank, welche ebenfalls in Staatsobligationen bezahlt werden soll, namentlich bestimmt, daß zur Sicherheit der zu emittirenden Obligationen die Linie Genf-Versoix und ihre Erträgnisse gemäß der maßgebenden Gesetzgebung des Kantons Genf, auf dessen Gebiet die Linie liegt, hypothekarisch eingesetzt werden sollen (Art. 3 des Vertrages) und werden im Fernern in Beziehung auf die Bezahlung der Zinsen und die Rückzahlung des Kapitals folgende Bestimmungen getroffen:

Art. 4. Les produits nets de la ligne seront livrés chaque mois à la Banque fédérale ou à son comptoir à Lausanne, afin d'assurer le service des intérêts des obligations. La Banque

fédérale tiendra compte d'un intérêt à 4 % des sommes ainsi déposées.

Art. 5. Les intérêts des obligations seront payés sans frais pour les porteurs et pour la Banque fédérale, aux caisses de cet établissement ou dans ses comptoirs et, s'il y a lieu, sur d'autres places suisses ou de l'Allemagne méridionale désignées par la Banque fédérale.

Cinq jours au moins avant chaque échéance, le canton de Fribourg livrera à la Banque fédérale le montant nécessaire au payement des intérêts pour autant que la Banque fédérale ne serait pas déjà couverte par les versements convenus à déposer chez elle selon l'art. 4.

Art. 6. Le remboursement du capital au moyen des dix annuités stipulées s'effectuera aux mêmes caisses que les payements d'intérêts. Les sommes à ce nécessaire seront remises à la Banque fédérale au moins dix jours avant chaque échéance.

B. In Ausführung dieser Verträge kreirte der Kanton Freiburg 12 600 Obligationen à 500 Fr., welche auf den Inhaber lauteten, indeß durch Umschreibung im Staatsschuldenbuche in Freiburg auch auf Namen gestellt werden konnten. Diese Obligationen enthalten auf der Vorderseite folgende Bestimmung: Chaque obligation donne droit:

1° A 25 fr. d'intérêt annuel, payable par semestre, échu les 30 Juin et 31 Décembre;

2° Au remboursement de 500 fr. par voie de tirage au sort, conformément au tableau d'amortissement imprimé au verso du présent titre.

Fribourg, le 7 Avril 1865.

(Folgen die Unterschriften.)

Auf der Rückseite des Titels ist der Amortisationsplan abgedruckt, nach welchem in den Jahren 1880, 81, 82 und 83 je 12 Serien Obligationen mit 1200 Stück, in den Jahren 1884 bis 1889 dagegen je 13 Serien mit 1300 Stück zur Rückzahlung jeweilen auf 31. Dezember jeden Jahres herausgeloost werden sollen. Im Fernern ist dort bestimmt: Le tirage au sort aura lieu à Fribourg, sous la surveillance du Directeur des

Finances du canton et en présence d'un délégué de la Banque fédérale. L'emprunt sera divisé en 126 séries de 100 obligations chacune. Le tirage aura lieu par séries et les numéros des séries seront seuls placés dans l'urne. Le jour du tirage et les numéros des obligations sorties seront publiés dans la *Feuille officielle du canton de Fribourg*, indépendamment d'une plus grande publicité, s'il y a lieu. Le service des intérêts et le remboursement du capital s'effectueront sans frais aux caisses de la Banque fédérale à Berne et dans ses comptoirs de Lausanne et de Saint-Gall, et sur toutes autres places suisses ou de l'Allemagne méridionale, qui seront désignées par la Banque fédérale. In weiterer Ausführung des Vertrages vom 28. November 1864 bestellte der Kanton Freiburg nach Anleitung der genferischen Gesetzgebung durch notarialischen Akt vom 22. September 1869 eine Hypothek auf die Linie Genf-Versoix zur Sicherstellung der emittirten Schuldscheine bis auf die Summe von 6 300 000 Fr.; an Stelle dieser Pfandurkunde ist seither die Eintragung in das schweizerische Eisenbahnpfandbuch getreten.

C. In Folge des am 7. August 1872 für die Eisenbahnen der Westschweiz zu Stande gekommenen Fusionsvertrages ging die Eisenbahnlinie Genf-Versoix mit allen mit derselben verbundenen Rechten und Pflichten an die Eisenbahngesellschaft Suisse Occidentale über, welche durch den erwähnten Fusionsvertrag insbesondere die auf dieser Linie lastende Hypothek von 6 300 000 Fr. anerkannte und sich dem Staate Freiburg gegenüber verpflichtete, Verzinsung und Rückzahlung dieses Kapitals zu übernehmen, sowie alle auf diese Linie bezüglichen Prozesse auf eigene Gefahr und Kosten durchzuführen.

D. Nachdem die Finanzdirektion des Kantons Freiburg durch Zuschrift vom 14. April 1879 der eidgenössischen Bank vorläufig mitgetheilt hatte, daß sie in Verbindung mit der Suisse Occidentale und der Société suisse pour l'industrie des chemins de fer in Genf eine Finanzoperation in Aussicht genommen habe, wodurch vermittelst einer Emission von Obligationen der Suisse Occidentale das freiburgische Staatsanleihen für die Linie Genf-Versoix vielleicht sogar vor dem obligatorischen Amor-

tisationstermine zurückbezahlt werden könnte, wurde durch Zuschrift der nämlichen Direktion vom 16. September 1879 der eidgenössischen Bank angezeigt, daß, gemäß einem Beschlusse des Staatsrathes von Freiburg vom gleichen Tage, das fragliche Anleihen von 6 300 000 Fr. auf 31. Dezember 1879 gekündigt sei und die sachbezügliche Publikation demnächst im Amtsblatte des Kantons Freiburg erscheinen werde.

E. Da die freiburgische Finanzdirektion trotz einer Protestation der eidgenössischen Bank bei der Kündigung beharrte, so stellte die eidgenössische Bank vermittelst Klage vom 10. Dezember 1879 gegenüber dem Kanton Freiburg das Rechtsgesuch: „Es sei, soweit es die im Besitze der eidgenössischen Bank befindlichen Obligationen des Anleihens der 6 300 000 Fr. vom „Jahre 1865 betrifft, die Aufkündung vom 16. September 1879 „als unverbindlich zu erklären und demnach der Staat des Kantons Freiburg zu verurtheilen, die bezügliche Summe von „50 000 Fr. fernerhin titelsgemäß zu verzinsen und nach Amortisation und Ausloosung abzubezahlen, unter Kostenfolge." Zur Begründung wird im Wesentlichen angeführt: Die eidgenössische Bank sei noch Inhaberin von 100 Stück Obligationen der fraglichen Emission, folglich bei der Frage über den Fortbestand des Anleihens mit einer Summe von 50 000 Fr. direkt betheiligt, so daß der Schaden, welcher ihr aus der Vertragswidrigkeit des Schuldners zu erwachsen drohe, in jedem Falle die Summe von 3000 Fr. übersteige und mithin die Kompetenz des Bundesgerichtes begründet sei. Der Kanton Freiburg scheine nun die Berechtigung zur vorzeitigen Aufkündung des Anleihens aus Art. 1173 des Code civil des Kantons Freiburg abzuleiten, welcher bestimme: « Le terme est toujours présumé stipulé en faveur du débiteur, à moins qu'il ne résulte de la nature du contrat ou des circonstances qu'il a aussi été convenu en faveur du créancier. » Allein diese Bestimmung des freiburgischen Code civil enthalte lediglich eine Interpretationsregel, welche nur dann zur Anwendung komme, wenn für das konkrete Rechtsgeschäft nicht genügende Anhaltspunkte zur Ermittelung des Parteiwillens in Bezug auf die Bedeutung der demselben hinzugefügten Zeitbestimmung vorliegen. Für das in Frage stehende Anleihen

liegen nun unzweideutige Anhaltspunkte dafür vor, daß die Befristung auch im Interesse der Gläubiger beigefügt worden sei. Es ergebe sich dies aus der Art und Weise der Bestimmung der Verfallzeit durch serienweise Ausloosung der Obligationen, sowie aus dem Umstande, daß für eine vorzeitige Rückzahlung des Anleihens ein Modus der Benachrichtigung der Titelinhaber von derselben gar nicht vorgesehen sei, ebensowenig wie für eine solche vorzeitige Rückzahlung eine Zahlstelle festgesetzt sei. Weitere Anhaltspunkte hiefür ergebe der Anleihensvertrag zwischen der eidgenössischen Bank und dem Staate Freiburg. Die eidgenössische Bank habe nämlich nicht nur die Plazirung des Anleihens übernommen, sondern sei auch als Zahlstelle für die Einlösung der verfallenen Schuldscheine und der Zinscoupons, selbstverständlich gegen Zusicherung einer angemessenen Provision, bezeichnet worden. Es habe daher für dieselbe auch von diesem Standpunkte aus nicht gleichgültig sein können, ob die vertraglich festgesetzten Rückzahlungstermine eingehalten werden. Im Uebrigen bilden freilich die Rechte der eidgenössischen Bank als Emissionsbank keinen Gegenstand des gegenwärtigen Rechtsstreites, sondern werden einer besondern Klage vorbehalten. Für die angegebene Auslegung des Vertragswillens spreche es auch, daß regelmäßig bei Staatsanleihen, wenn der Schuldner sich das Recht vorzeitiger Rückzahlung vorbehalten wolle, dies ausdrücklich ausgesprochen werde, wofür auf ein bernisches Anleihen von 12 Millionen vom Jahre 1861, auf die eidgenössischen Anleihen vom Jahre 1867 und 1871, auf das Hypothekaranleihen des Kantons Freiburg von 14 Millionen vom Jahre 1864, sowie auf den neuesten Anleihensvertrag zwischen dem Kanton Freiburg und der Basler Handelsbank vom 19. August 1879 verwiesen werde. Demgemäß habe auch bis in die neueste Zeit Niemand daran gedacht, daß der Staat Freiburg zu vorzeitiger Rückzahlung des Anleihens befugt sei und die eidgenössische Bank habe in ihrem 1869 öffentlich ausgegebenen Prospekte mit aller Bestimmtheit versichert, das Anleihen werde auf Verloosung hin gemäß dem Amortisationsplane zurückbezahlt, auf welcher Voraussetzung denn auch der bisherige hohe Kurs dieser Papiere beruht habe. Wenn nun nachgewiesen sei, daß gemäß dem Wil-

len der Parteien der Termin auch im Interesse des Gläubigers beigefügt worden sei, so komme der weitern Frage, ob auf den vorliegenden Fall überhaupt freiburgisches und nicht vielmehr bernisches Recht anzuwenden sei, nur eine untergeordnete Bedeutung zu. Dieselbe sei aber, da in Bern der Vertrag zwischen der eidgenössischen Bank und dem Kanton Freiburg vom 28. November 1864 abgeschlossen worden sei und an die in Bern domizilirte eidgenössische Bank vom Schuldner die Zahlungen zum Zwecke der Einlösung der Zinscoupons und der verfallenen Obligationen haben geleistet werden sollen, Bern mithin als Ort des Vertragsabschlusses und als Erfüllungsort betrachtet werden müsse, im Sinne der Anwendbarkeit des bernischen Rechtes zu beantworten. Nach bernischem Rechte aber (Satzung 746 u. ff. des bernischen Civilgesetzbuches) gelte der Zahlungstermin gleichmäßig für den Schuldner wie für den Gläubiger. Allein auch vom Standpunkte der freiburgischen Gesetzgebung aus erscheine die Klage als begründet. Art. 1173 des Code civil fribourgeois nämlich stimme, bis auf eine unbedeutende Redaktionsänderung, durchaus mit Art. 1187 des Code Napoléon überein. Nun sei aber in der französischen Rechtslehre, wie des nähern ausgeführt wird, anerkannt, daß auf zinsbare Darlehen die Präsumtion des Art. 1187 keine Anwendung finde, sondern der Zahlungstermin im Gegentheil für beide Parteien gleichmäßig gelte.

F. Der Staat Freiburg verkündete, als ihm die Klage zur Beantwortung mitgetheilt wurde, durch Eingabe vom 12. Februar 1880, der Gesellschaft der Suisse Occidentale, gestützt auf die Fakt. C erwähnten Thatsachen und mit Berufung auf Art. 9 u. ff. eidg. C.-P.-O., den Streit. Durch Eingabe vom 27. Februar gl. J. erklärte die Gesellschaft der Suisse Occidentale, daß sie jedenfalls an dem Prozesse Theil nehmen werde, aber ihrerseits dritten Personen den Streit zu verkünden gedenke. Am 10. März 1880 erließ sie hierauf eine Streitverkündigung an die Société suisse pour l'industrie des chemins de fer in Genf, gegen welche sie im Falle des Unterliegens ein Rückgriffsrecht zu haben glaubt. Die letztere Gesellschaft gab indeß während den ihr vom Instruktionsrichter angesetzten Fristen keine Erklärung, daß sie sich am Prozesse betheiligen wolle, ab.

G. In ihrer Klagebeantwortung erklärte sodann die Gesellschaft der Suisse Occidentale, daß sie einerseits die Streitverkündigung seitens des Kantons Freiburg als begründet anerkenne, andererseits dagegen sich ihr Rückgriffsrecht gegen die Société suisse pour l'industrie des chemins de fer vorbehalte und stellte in der Sache selbst den Antrag, die von der eidgenössischen Bank gegen den Kanton Freiburg angehobene Klage sei, unter Kostenfolge, abzuweisen, indem sie zur Begründung wesentlich geltend macht: Es sei auf das im Streite liegende Rechtsverhältniß freiburgisches und keineswegs bernisches Recht anzuwenden. Denn es sei weder richtig, daß der Vertrag zwischen der eidgenössischen Bank und dem Kanton Freiburg in Bern abgeschlossen, noch daß er ausschließlich in Bern zu erfüllen sei. Der am 28. November 1864 in Bern von den Delegirten des Staates Freiburg und der eidgenössischen Bank unterzeichnete Akt sei keineswegs ein perfekter Vertrag, sondern vorläufig bloß ein Vertragsprojekt gewesen, welches erst durch die am 15. Dezember 1864 in Freiburg ausgesprochene Ratifikation seitens des Großen Rathes des Kantons Freiburg, also in Freiburg, zu einem bindenden Vertrage geworden sei. Ferner habe die Zinsenzahlung, sowie die Rückzahlung des Kapitals keineswegs ausschließlich in Bern, sondern auch bei den andern Comptoirs der eidgenössischen Bank, eventuell sogar auf süddeutschen Plätzen erfolgen sollen. Dazu komme noch, daß die, übrigens bestrittene, Regel des internationalen Privatrechtes, wonach die Erfüllung eines Vertrages nach dem Gesetze des Erfüllungsortes sich richte, lediglich auf der präsumtiven Absicht der Parteien beruhe. Diese Vermuthung könne nun aber, wie sich aus den elementarsten Grundsätzen des öffentlichen Rechtes ergebe, dann keine Anwendung finden, wenn eine der vertragschließenden Parteien eine Staatsregierung sei. Denn es könne nur bei einer ganz ausdrücklichen Erklärung angenommen werden, daß ein Staat sich fremder Jurisdiktion und fremdem Rechte habe unterwerfen wollen. Demnach müsse das vorliegende Rechtsverhältniß selbst dann, wenn Bern wirklich Entstehungs- und Erfüllungsort der Obligation wäre, nach freiburgischem Rechte beurtheilt werden. Uebrigens gelte, wie des nähern ausgeführt wird, auch nach bernischem Rechte ein ähnliches Prinzip, wie das in Art. 1173 des

Code civil fribourgeois ausgesprochene. Nach der, einzig anwendbaren, freiburgischen Gesetzgebung sodann sei die Berechtigung des Staates Freiburg zu vorzeitiger Rückzahlung des fraglichen Anleihens ganz unzweifelhaft. Richtig sei zwar, daß Art. 1173 bloß eine Vermuthung aufstelle, welche durch den Nachweis, daß die Parteien das Gegentheil vereinbart haben, ausgeschlossen werde. Allein ein solcher Nachweis sei vorliegend gar nicht erbracht. Die Vertragsbestimmungen über den Modus der Rückzahlung durch serienweise Ausloosung der Obligationen enthalten nichts anderes als die Vereinbarung eines Zahlungstermines, beziehungsweise mehrerer verschiedener Zahlungstermine, auf welche Vereinbarung die Bestimmung des Art. 1173 gerade Anwendung finden müsse, sofern nicht die gegentheilige Absicht der Parteien besonders dargethan werde; ebenso könne darauf, daß eine Bestimmung über die Art und Weise einer vorzeitigen Kündigung nicht aufgenommen sei, etwas ankommen. Denn eine Kündigung sei eben nach freiburgischem Rechte gar nicht nöthig. Die Bezugnahme auf andere Anleihen beweise nichts zu Gunsten der Klägerin, sondern spreche vielmehr theilweise gerade gegen dieselbe. In dem auf das 14 Millionenanleihen des Staates Freiburg von 1864 bezüglichen Vertrage sei nämlich ausdrücklich bestimmt, daß das Anleihen bis zu Ende 1880 unkündbar sei. Die ausdrückliche Aufnahme dieser Bestimmung in den Vertrag, bei dessen Abschlusse die eidgenössische Bank ebenfalls betheiligt gewesen sei, beweise, daß man von der Ansicht ausgegangen sei, in Ermangelung einer solchen Klausel stehe die Rückzahlung dem Schuldner jederzeit frei. Daß man diese Klausel in den Vertrag über das um die gleiche Zeit abgeschlossene, hier in Frage stehende Anleihen nicht aufgenommen habe, zeige deutlich, daß bei diesem Anleihen der Termin lediglich im Interesse des Schuldners beigefügt worden sei. Auf das neueste Anleihen des Staates Freiburg sodann könne deßhalb nichts ankommen, weil hier der Vorbehalt bezüglich vorzeitiger Kündigung lediglich deßhalb aufgenommen worden sei, weil die eidgenössische Bank bezüglich der Rückzahlung des Anleihens Genf-Versoix Schwierigkeiten erhoben habe und man bei dem neuen Anleihen jeden Zweifel hierüber habe ausschließen wollen; frü-

her habe man an die Möglichkeit, daß hierüber Zweifel entstehen könnten, gar nicht gedacht. Der Art. 1173 des Code civil fribourgeois mache von seiner Präsumtion, daß ein Zahlungstermin stets als im Interesse des Schuldners beigefügt gelte, allerdings zwei Ausnahmen, nämlich dann, wenn sich dies aus der Natur des Vertrages oder aus den Umständen ergebe. Allein aus der Natur des zinsbaren Darleihens folge keineswegs, daß bei demselben der Zahlungstermin als auch im Interesse des Gläubigers beigefügt gelten müsse. Wenn man dies annehmen wollte, so würden die vom Gesetzgeber als Ausnahme gedachten Fälle zur Regel werden, was sowohl dem Wortlaute des Gesetzes als der Absicht des Gesetzgebers widerspräche. Der Gesetzgeber hätte auch, wenn er die Anwendung der Regel des Art. 1173 auf das zinsbare Darleihen hätte ausschließen wollen, dies ausdrücklich ausgesprochen, wie es in Bezug auf Wechsel und billets à ordre wirklich geschehen sei. Auch angenommen übrigens, der Grundsatz des Art. 1173 sei auf zinsbare Darleihen im Allgemeinen nicht anwendbar, so könne dies doch für Staatsanleihen nicht gelten; denn es könne nicht angenommen werden, daß der Staat auf die Möglichkeit beliebiger Konversion seiner Anleihen habe verzichten wollen, wie denn auch thatsächlich solche Konversionen sowohl durch auswärtige Staaten als durch schweizerische Kantone häufig vor der Verfallzeit der konvertirten Anleihen bewerkstelligt worden seien. Ebensowenig liegen besondere Umstände vor, aus welchen sich ergäbe, daß der Zahlungstermin im vorliegenden Falle auch im Interesse des Gläubigers beigefügt worden sei. Vielmehr sprechen manche Umstände, wie der ursprünglich tiefe Kurs der Obligationen, die Annahme des für den Gläubiger ungünstigen, für den Schuldner dagegen vortheilhaften Amortisationssystems für das Gegentheil. Die Berufung der Klägerin auf französische Schriftsteller sei nicht beweisend, denn einerseits begründen diese Schriftsteller ihre Ansicht gar nicht oder nicht in überzeugender Weise, andererseits könne die beklagte Partei auch ihrerseits sich auf Autoritäten, insbesondere auf Demolombe, berufen. Für die beklagte Partei spreche denn auch die konstante Rechtsübung in der ganzen französischen Schweiz.

H. Aus der Replik der Klägerin ist hervorzuheben: Entstehungs- und Erfüllungsort der Obligation sei allerdings Bern; denn wenn man auch dem am 28. November 1864 in Bern unterzeichneten Akt vor geschehener Ratifikation keine rechtliche Bedeutung beimessen wollte, so sei doch der Vertrag in Bern geschlossen worden, da hier die Ratifikation des Staates Freiburg der eidgenössischen Bank zur Kenntniß gekommen sei, was für den Ort des Vertragsabschlusses unter Abwesenden, nach der herrschenden Meinung, entscheidend sei. Die Ausrichtung der Kapitalzinse auf andern Plätzen als bei der eidgenössischen Bank und ihren Filialen sodann sei bloß fakultativ vorgesehen worden; daher sei, da die Filialen rechtlich das Domizil der Hauptbank theilen, Erfüllungsort allerdings Bern, wohin auch der Staat Freiburg die Erträgnisse der hypothekarisch haftenden Linie Genf-Versoix, sowie die überdem noch erforderlichen Beträge einzusenden gehabt habe. Daß der Staat Freiburg eine der vertragschließenden Parteien sei, könne für die Frage nach dem anwendbaren, örtlichen Rechte nicht in Betracht kommen, denn der Staatsfiskus, d. h. der Staat in seinen privatrechtlichen Beziehungen sei ein Privatrechtssubjekt, das mit den übrigen Privatrechtssubjekten völlig auf gleicher Linie stehe. Demnach sei allerdings das bernische Recht auf das vorliegende Streitverhältniß anzuwenden; nach bernischem Rechte aber sei es, wie entgegen den Ausführungen der Vertheidigungsschrift näher auseinandergesetzt wird, allerdings zweifellos, daß der Zahlungstermin nicht nur für den Gläubiger, sondern auch für den Schuldner verbindlich sei. Zu Gunsten der Klägerin spreche ferner die Entstehungsgeschichte des fraglichen Anleihens, da sich in der Art und Weise, wie schon in dem Vertrage zwischen der eidgenössischen Bank und der Paris-Lyon-Mittelmeerbahn am 19. November 1864 die Zahlungsbedingungen für das zu emittirende Anleihen genau festgesetzt worden seien, deutlich zeige, welches eminente Interesse diese Zahlungsbedingungen auch für die eidgenössische Bank gehabt haben, und endlich könne sich die Klägerin auf die Prinzipien der bona fides berufen.

I. Duplikando macht die Gesellschaft der Suisse Occidentale wesentlich geltend: Als Entstehungs- und Erfüllungsort für den

Vertrag vom 28. November 1864 könne nur Freiburg betrachtet werden, denn durch die Ratifikation des Großen Rathes von Freiburg sei dieser Vertrag beidseitig verbindlich und durch die Kreirung und Lieferung der Obligationen der Hauptsache nach erfüllt worden. Uebrigens handle es sich hier gar nicht um diesen Vertrag, sondern um denjenigen Vertrag, welcher durch Ausgabe der Obligationen geschlossen worden sei. Der Sitz dieses Rechtsverhältnisses sei aber unzweifelhaft Freiburg, da dort die Obligationen ausgestellt worden seien, und dort vertragsmäßig die Ausloosung derselben zur Zahlung habe erfolgen sollen. Uebrigens müsse die Frage, welches örtliche Recht anzuwenden sei, nach der freiburgischen Gesetzgebung beantwortet werden, da zur Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreites zweifellos die freiburgischen Gerichte kompetent wären. Nach Art. 1 des Code civil fribourgeois sei aber unzweifelhaft freiburgisches Recht anzuwenden, denn dieser Artikel bestimme: « Les lois du canton de Fribourg régissent toutes les per- » sonnes et tous les biens qui se trouvent dans son territoire, » en tout ce qui n'est pas excepté par le droit des gens, par » le droit public et les traités ou par des dispositions spé- » ciales. » Auch darauf müsse, wie mit Berufung auf Urtheilssprüche französischer Gerichte näher ausgeführt wird, entscheidendes Gewicht gelegt werden, daß einer der vertragschließenden Theile eine Staatsregierung sei. Auf die einschlägigen Bestimmungen des bernischen Rechtes könne also nichts ankommen, während in Bezug auf Auslegung und Anwendung des freiburgischen Rechtes einfach an den Ausführungen der Vertheidigungsschrift festgehalten werde.

K. Bei der heutigen Verhandlung wird seitens der Klägerin als Beweismittel eine Obligation der Gesellschaft der Suisse Occidentale (Emission von 1873) ins Recht gelegt, wogegen seitens der Gegenpartei keine Einwendung erhoben wird; beide Parteien halten die gestellten Anträge unter ausführlicher Begründung aufrecht.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Thatsachen, welche die Klägerin in ihrer Klage zur Begründung der Kompetenz des Bundesgerichtes angeführt hat,

sind von der Gegenpartei nicht bestritten worden; sie müssen daher als zugestanden und mithin, da aus denselben nach Art. 27 Ziffer 4 des Gesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege die Kompetenz des Bundesgerichtes allerdings folgen würde, letztere als hergestellt betrachtet werden.

2. Handelt es sich demnach zunächst darum, zu entscheiden, welches örtliche Recht auf das Streitverhältniß anzuwenden sei, so ist diese Frage nach freiburgischem Rechte zu beantworten. Denn das Bundesgericht tritt in denjenigen Fällen, in welchen es nach Art. 110 der Bundesverfassung und Art. 27 des Gesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege civilrechtliche Streitigkeiten zwischen Kantonen und Privaten oder Korporationen zu beurtheilen berufen ist, lediglich an die Stelle des kantonalen Gerichtes, welches, sofern nicht die Entscheidung des Bundesgerichtes angerufen würde, kompetent wäre, und ist daher an die für dieses Gericht maßgebende Gesetzgebung gebunden. Zur Entscheidung des gegenwärtigen Rechtsstreites wäre nun, wenn nicht von der Klägerin die Beurtheilung der Sache durch das Bundesgericht verlangt worden wäre, unbestrittenermaßen der freiburgische Richter zuständig; gemäß dem allgemein anerkannten Grundsatze aber (vergl. Wächter, würtembergisches Privatrecht II S. 83; Seuffert, Archiv Band XXXIII S. 258 Nr. 184), daß der Richter die Frage der Anwendbarkeit einheimischen oder fremden Rechtes in einer bei ihm anhängigen Rechtssache ausschließlich nach den in seinem Lande geltenden Rechtsnormen zu beurtheilen hat, hätte der freiburgische Richter die Frage, ob auf das im Streite liegende Rechtsverhältniß freiburgisches oder bernisches Recht anzuwenden sei, nach den Grundsätzen der freiburgischen Gesetzgebung zu beantworten und dies muß, nach dem Gesagten, auch für das Bundesgericht gelten.

3. Die freiburgische Gesetzgebung enthält indeß keine ausdrückliche Bestimmung darüber, nach welchem Rechte obligatorische Verhältnisse im interkantonalen oder internationalen Verkehr zu beurtheilen seien; es ist mithin diese Frage nach allgemeinen Grundsätzen des internationalen Privatrechtes zu beurtheilen. Wenn nämlich auch Art. 1 des Code civil fribourgeois vom

22. Mai 1834 im Allgemeinen das Prinzip der Territorialität an die Spitze stellt, so kann doch nicht angenommen werden, daß der freiburgische Gesetzgeber dem Richter die Anwendung fremden Rechtes auf obligatorische Verhältnisse, welche ihrer Natur nach einem auswärtigen Rechtsgebiete angehören, habe untersagen wollen; vielmehr muß aus dem Zusammenhange der sachbezüglichen Bestimmungen des Gesetzbuches (Art. 1—4), sowie aus ihrer Vergleichung mit denjenigen anderer früherer und gleichzeitiger Gesetzgebungen gefolgert werden, daß der Gesetzgeber über die Frage der Anwendbarkeit fremden Rechtes, soweit darüber nicht besondere Bestimmungen getroffen sind, die allgemeinen Grundsätze des internationalen Privatrechtes hat entscheiden lassen wollen.

4. Ist demnach die Frage an der Hand allgemeiner Grundsätze zu beantworten, so kann zunächst der beklagten Partei darin nicht beigetreten werden, daß die Anwendung des bernischen Rechtes deßhalb von vornherein ausgeschlossen sei, weil eine der betheiligten Parteien ein souveräner Staat, der Kanton Freiburg, ist, welcher schlechthin nur seiner Jurisdiktion und seinen Gesetzen unterworfen sei. Wenn nämlich auch allerdings von manchen Schriftstellern und Gerichtshöfen (vergleiche Heffter, Völkerrecht § 53 VI § 54; Journal de droit international privé 1876, S. 271, 340 u. ff.; ib. 1878 S. 46 u. ff.) eine völkerrechtliche Regel des Inhaltes behauptet wird, daß fremde Souveräne und Regierungen vor den Gerichten eines anderen Staates auch in Beziehung auf privatrechtliche Rechtsverhältnisse nicht belangt werden können, und daß von ihnen abgeschlossene Geschäfte in Ermangelung einer ausdrücklichen gegentheiligen Erklärung stets nach den eigenen Gesetzen des betreffenden Staates zu beurtheilen seien, so kann doch einerseits diese Regel keineswegs als feststehendes völkerrechtliches Prinzip betrachtet werden (vergl. Journal de droit international privé 1876, S. 329 u. ff; Bar, internat. Privat- und Strafrecht, § 130), andrerseits kann jedenfalls davon keine Rede sein, daß dieselbe im Verhältniß der schweizerischen Kantone unter sich anwendbar sei. Denn zwischen den Kantonen als Gliedstaaten eines Bundesstaates besteht keineswegs bloß ein völkerrechtliches, sondern

ein staatsrechtliches Band. Es muß daher daran festgehalten werden, daß, sofern es sich um Rechtsverhältnisse handelt, in welchen ein Kanton als Fiskus, d. h. als Privatrechtssubjekt steht, auf dieselben, wie überhaupt, so auch in Beziehung auf Gerichtsstand und anzuwendendes örtliches Recht, in Ermangelung abweichender ausdrücklicher Bestimmungen der Bundes- oder maßgebenden Kantonalgesetzgebung, lediglich die allgemeinen für alle derartigen Rechtsverhältnisse geltenden Grundsätze anzuwenden sind. (Vergl. die Beschlüsse des Bundesrathes vom 20. Juni 1871 in Sachen der sogenannten Walliserreskriptionen, B.-Bl. 1871 S. 763 u. ff.)

5. In Beziehung auf obligatorische Rechtsgeschäfte muß in erster Linie nun davon ausgegangen werden, daß, sofern nicht absolut zwingende Gesetze des Prozeßortes entgegenstehen, deren Wirkungen nach den Gesetzen desjenigen Landes zu beurtheilen sind, welches nach dem Willen der Parteien als Sitz der Obligation zu betrachten ist und dessen Recht den Parteien daher als das für die Wirkungen des Rechtsgeschäftes entscheidende erscheinen mußte. (Vergl. Fœlix, Traité de droit international privé I Nr. 94 S. 222; Laurent, Principes de droit civil français I S. 165; Zachariä-Puchelt, Handbuch des franz. Civilrechtes I S. 77; Savigny, System des heutigen römischen Rechtes VIII S. 247, 248; Wächter, Archiv für civilistische Praxis XXV S. 44; Bar, internationales Privat- u. Strafrecht S. 239 u. ff.; Stobbe, deutsches Privatrecht S. 200; Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes, XXIV S. 182; zürcherisches privatrechtliches Gesetzbuch § 5.) Dieser Grundsatz, welcher als in Theorie und Praxis überwiegend anerkannt bezeichnet werden darf, muß als oberste Entscheidungsnorm festgehalten werden, denn es ist ein Gebot der bona fides sowohl als des das Obligationenrecht überwiegend beherrschenden Prinzips der Vertragsfreiheit, daß der unvollständig erklärte Parteiwille aus dem Gesetze desjenigen Landes ergänzt werde, dessen Recht die Parteien beim Geschäftsabschlusse als Norm für das betreffende Rechtsverhältniß betrachtet haben, beziehungsweise den Umständen nach betrachten mußten. Geht man von diesem Grundsatze aus, so kann für die Entscheidung des vorliegenden Falles da-

hin gestellt bleiben, ob regelmäßig der Entstehungsort oder vielmehr der Erfüllungsort oder der Wohnsitz des Schuldners für das örtliche Recht der Obligation, gemäß der muthmaßlichen Intention der Parteien und der Natur der Sache, maßgebend sei. Aus der Gesammtheit der Umstände nämlich ergibt sich zur Evidenz, daß im konkreten Falle die Parteien das freiburgische Recht als maßgebende Norm betrachten mußten. Denn:

a) Es handelt sich gegenwärtig einzig und allein um das zwischen der eidgenössischen Bank, als Inhaberin von 100 Stück freiburgischen Staatsobligationen, und dem Staate Freiburg als Aussteller dieser letztern, bestehende Schuldverhältniß. Demnach kann es sich lediglich fragen, welches örtliche Recht auf das durch Ausgabe und Erwerb dieser Obligationen abgeschlossene Rechtsgeschäft anwendbar sei, keineswegs dagegen, ob die Rechte und Verpflichtungen, welche zwischen der eidgenössischen Bank als Emissionsbank und dem Staate Freiburg durch den Vertrag vom 28. November 1864 begründet wurden, nach bernischem oder freiburgischem Rechte zu beurtheilen seien. Darauf also, wo der letzterwähnte Vertrag abgeschlossen worden und wo er zu erfüllen sei, kann, wie die beklagte Partei richtig hervorgehoben hat, überall nichts ankommen. Entscheidend ist einzig, welchem Rechtsgebiete das durch Ausgabe der Obligationen abgeschlossene Rechtsgeschäft angehört.

b) Nun sind zweifellos die fraglichen Obligationen in Freiburg kreirt und dort zuerst vom Aussteller aus der Hand gegeben worden, wie sie demgemäß auch von Freiburg datirt sind. In Freiburg soll die Herausloosung zur Zahlung staatfinden und in Freiburg ist auch der Schuldner domizilirt. Durch diese Momente ist Freiburg unzweideutig als Sitz des fraglichen Rechtsverhältnisses charakterisirt. Der Umstand, daß titelsgemäß die Auszahlung der Zinsenbetreffnisse sowie die Kapitalrückzahlung nicht durch die freiburgische Staatskasse, sondern durch Vermittelung der eidgenössischen Bank und ihrer Comptoirs in Bern sowie in verschiedenen andern Städten erfolgen sollte, kann hieran nichts ändern. Denn es ist vorerst keinenfalls anzunehmen, daß der Schuldner sich den Rechten dieser mehreren verschiedenen Erfüllungsorte, je nach der Wahl der Gläubiger,

habe unterwerfen wollen, und auch diese letztern konnten der Bezeichnung der verschiedenen Zahlungsstellen offenbar keine solche entscheidende Bedeutung beimessen, sondern mußten als den für das Rechtsverhältniß im ganzen entscheidenden Ort Freiburg als den Ort der Ausstellung der Obligationen und den Wohnsitz des Schuldners betrachten. (Vergl. Entsch. des Reichsoberhandelsgerichtes Bd. XXIV S. 170 u. ff.) Bei Annahme der gegentheiligen Lösung würde, da der Parteiwille aus verschiedenen divergirenden Rechten zu ergänzen wäre, die Rechtsstellung der einzelnen Titelinhaber eine ungleiche werden, was der, offenbar auf Gleichstellung sämmtlicher Titelinhaber gerichteten, Absicht der Parteien widerspräche. Daß aber, wie die Klägerin meint, von den mehreren in den Obligationen bezeichneten Zahlungsstellen einzig Bern, als Sitz der Hauptniederlassung der eidgenössischen Bank, als Erfüllungsort in Betracht kommen könne, kann nicht zugegeben werden. Denn im Verhältnisse des Schuldners zu den einzelnen Titelinhabern, welches hier einzig in Frage steht, waren die in den Obligationen bezeichneten Comptoirs der eidgenössischen Bank in Lausanne und St. Gallen ebensowohl vereinbarte Zahlungsstellen wie das Haupteta-blissement in Bern.

6. Ist also freiburgisches Recht anzuwenden, so ist zunächst festzuhalten, daß die Frage, ob eine einem Rechtsgeschäfte beigefügte Befristung bloß im Interesse einer Partei oder im Interesse beider Parteien ausbedungen sei, in erster Linie eine Thatfrage, d. h. eine Frage der Willensinterpretation ist. Ist der Wille der Parteien in dieser Richtung ausdrücklich ausgesprochen oder ergibt er sich aus der Natur des Geschäftes oder aus den besondern Umständen seines Abschlusses, so macht derselbe als lex contractus ohne weiters Regel. Die Vorschriften, welche manche Gesetze über die Bedeutung der Vereinbarung eines Zahlungstermines, theils, wie der Code civil fribourgeois Art. 1173 im Sinne des gemeinrechtlichen Satzes, daß der Zahlungstermin als im ausschließlichen Interesse des Schuldners vereinbart gelte (vergl. neben dem Code Napoléon Art. 1187; sächsisches Gesetzbuch § 717), theils im entgegengesetzten Sinne (vergl. Preußisches Landrecht I 5 § 241; öster-

reichisches Gesetzbuch § 1413) aufstellen, sind lediglich subsidiärer Natur; sie kommen nur im Zweifel, d. h. nur insofern zur Anwendung, als der Wille der Parteien nicht, beziehungsweise nicht mit hinlänglicher Sicherheit dargethan ist. Dies darf als selbstverständlich bezeichnet werden (vergl. Allg. deutsches Handelsgesetzbuch Art. 334; Dernburg, Preußisches Privatrecht II S. 128 u. f.) und ergibt sich für das freiburgische Recht zur Evidenz aus der ganzen Fassung des Art. 1173. Demgemäß ist vorab zu untersuchen, ob im vorliegenden Falle hinreichende Anhaltspunkte zur Feststellung der Willensmeinung der Parteien beigebracht seien.

7. In dieser Beziehung kommt nun in Betracht: Für das zinsbare Darlehen, welches hier in Frage steht, ergibt sich aus der Natur des Geschäftes, daß bei demselben der Zahlungstermin regelmäßig nicht nur im Interesse des Schuldners, sondern auch im Interesse des Gläubigers ausbedungen wird. Denn wie einerseits der Schuldner ein Interesse daran hat, daß er nicht vor der Verfallzeit zur Erfüllung angehalten werden könne, so hat andrerseits regelmäßig auch der Gläubiger ein Interesse daran, daß ihm nicht der vertragsmäßige Zinsengenuß durch vorzeitige Heimzahlung des Darlehens geschmälert werde. Wenn dies freilich nicht als ausnahmslose Regel hingestellt werden darf, vielmehr sich aus den Umständen auch eine gegentheilige Absicht der Parteien ergeben kann, so ist doch als Regel daran festzuhalten, daß beim zinsbaren Darlehen der Zahlungstermin nicht nur zu Gunsten des Schuldners, sondern auch zu Gunsten des Gläubigers, welcher durch Hingabe des Darlehens sein Kapital auf bestimmte Zeit fruchtbar anzulegen beabsichtigt hat und dessen Interesse daher durch vorzeitige Rückzahlung des Darlehens verletzt würde, ausbedungen ist. In diesem Sinne hat sich denn auch die französische Doktrin, auf welche in dieser Frage besonderes Gewicht zu legen ist, da Art. 1187 Code Napoléon mit Art. 1173 Code civ. frib. dem Sinne nach völlig identisch ist, nahezu einstimmig ausgesprochen. (Vergl. Toullier, Droit civil français VI Nr. 677; Larombière, Des obligations II Art. 1187 Nr. 5; Zachariä-Puchelt, Handb. § 303; Mourlon, Répétitions II S. 547; Boileux, Commen-

taire IV S. 456; Dalloz, Dictionnaire général IV S. 113; Aubry et Rau, Cours de droit civil français III S. 99; Troplong, Du prêt Nr. 273 und insbes. Laurent, Principes XVII S. 195 u. ff.) Zwischen diesen Schriftstellern, welche sich übereinstimmend dahin aussprechen, daß beim verzinslichen Darlehen der Zahlungstermin zu Gunsten beider Parteien gelte, besteht allerdings insofern eine Meinungsverschiedenheit, als die einen dem Schuldner das Recht vorzeitiger Rückzahlung der Schuld, sofern er die Zinsen bis zur Verfallzeit mitanerbietet, einräumen, die andern dagegen ihm dieses Recht, auch unter der gedachten Voraussetzung, nicht zugestehen. Dies kann aber für den vorliegenden Fall, da hier die Frage gar nicht in dieser Weise gestellt ist, nicht in Betracht kommen. Wenn dagegen die beklagte Partei, mit Berufung auf Demolombe (Cours de Code Napoléon Bd. XXV Nr. 629) ausgeführt hat, daß die Annahme, beim verzinslichen Darlehen sei der Zahlungstermin regelmäßig im Interesse beider Parteien ausbedungen, der Absicht des Gesetzgebers widerspreche, da dieser, wenn er die Regel des Art. 1173 für verzinsliche Darlehen hätte ausschließen wollen, dies, wie er es in Betreff der Wechsel und billets à ordre in Art. 131 u. 176 des Code de commerce fribourgeois wirklich gethan habe, ausdrücklich ausgesprochen hätte, und da im Fernern bei dieser Annahme die vom Gesetzgeber als Ausnahme gedachten Fälle zur Regel würden, so ist darauf zu erwidern, daß diese Ausführungen gänzlich verkennen, daß es sich hier überall nicht um absolute Rechtsregeln für bestimmte Vertragsarten, sondern um die Willensinterpretation im konkreten Falle, für welche dann allerdings auch die allgemeine Natur des betreffenden Vertrages von Gewicht sein muß, handelt. Was insbesondere die Bestimmungen der Art. 131 und 176 des Code de commerce fribourgeois anbelangt, so können dieselben zu einem argum. e contrario in Bezug auf das zinsbare Darlehen durchaus keinen Anhalt bieten, denn für Wechsel und billets à ordre hatte der Gesetzgeber allerdings, mit Rücksicht auf die Formalnatur dieser Geschäfte, Grund, eine die Vermuthung des Art. 1173 ausschließende Regel allgemein und ohne Rücksicht auf die Willensmeinung der Parteien im einzelnen Falle aufzustellen, während beim zinsbaren Darlehen die Ermittelung der Absicht der Par-

teien im konkreten Falle der Würdigung des Richters anheimgestellt blieb.

8. Wenn also schon der Umstand, daß es sich überhaupt um ein verzinsliches Darlehen handelt, dafür spricht, daß der Zahlungstermin im Interesse beider Theile ausbedungen sei, so wird dies vollends außer Zweifel gestellt dadurch, daß vorliegend ein, überdem hypothekarisch versichertes, Staatsanleihen in Frage steht, welches der Natur der Sache nach als geeignet und bestimmt zu dauernder Kapitalanlage aufgefaßt werden mußte und daß dieses Anleihen gegen Ausstellung von Inhaberschuldscheinen, welche zu börsenmäßigem Umsatze bestimmt waren, aufgenommen wurde. Bei solchen Anlehen nämlich ist die in den Schuldscheinen selbst angegebene Verfallzeit für den Entschluß zum Zeichnen mitbestimmend und wirkt erfahrungsgemäß auf den Kurs der betreffenden Papiere ein, so daß, mangels eines unzweideutigen Vorbehaltes seitens des Schuldners oder sonstiger besonderer Umstände, nach den Grundsätzen von Treu und Glauben angenommen werden muß, die Bestimmung der Verfallzeit, wie sie im Schuldscheine ausgedrückt ist, sei als wesentlicher Bestandtheil des Geschäftes im Interesse beider Theile getroffen und es könne davon einseitig nicht mehr abgegangen werden. Als unterstützendes Moment kann endlich auch der von der Klägerin betonte Umstand in Betracht kommen, daß für eine vorzeitige Kündigung ein Modus gar nicht vorgesehen war, während, wenn der Schuldner sich eine solche hätte vorbehalten wollen, ein solcher, um eine Schädigung der Titelinhaber, denen andernfalls das Vorhaben der Rückzahlung ohne jegliches Verschulden gänzlich unbekannt bleiben konnte, zu vermeiden, wohl in Aussicht genommen worden wäre.

9. Wenn die beklagte Partei sich heute endlich auch noch darauf berufen hat, daß in andern Fällen eine vorzeitige Rückzahlung bezw. Konversion öffentlicher Anleihen sowohl in der Schweiz als im Auslande von den Gläubigern ohne Anstand angenommen worden sei, so kann darauf offenbar kein Gewicht gelegt werden, denn die Rechte der Klägerin können dadurch, daß andere Gläubiger auf ihre vertragsmäßige Rechtsstellung verzichtet haben, offenbar nicht berührt werden.

10. Zweifelhaft könnte nur noch erscheinen, ob der Zahlungs-

termin nicht nur bis zu demjenigen Zeitpunkte, von welchem an die Amortisation beginnen sollte, d. h. bis zum 31. Dezember 1880, im Interesse beider Theile, von da an aber lediglich im Interesse des Schuldners vereinbart sei. Es muß indeß angenommen werden, daß der gesammte Amortisationsplan, wie er auf den Obligationstiteln abgedruckt ist, als Bestandtheil des Vertrages für beide Theile gleichmäßig bindend sei.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der eidgenössischen Bank wird das in ihrer Klage gestellte Rechtsgesuch zugesprochen.

---

55. *Arrêt du 29 Mai 1880 dans la cause Fleury.*

Le 23 Novembre 1875, un sac renfermant 50 000 fr. en espèces d'or et d'argent, et adressé à MM. Julien Robert et Cᵉ à la Chaux-de-Fonds, disparaissait dans le trajet entre Neuchâtel et la Chaux-de-Fonds.

Ensuite des démarches faites par la Compagnie du chemin de fer Jura-Berne-Lucerne, il fut procédé le jour suivant, 24 Novembre, à l'arrestation de Henri-Joseph-Justin Fleury, chef de train, et de divers autres employés au service de la dite Compagnie.

Le 9 Janvier 1876, Fleury annonça spontanément au sergent de gendarmerie Frossard, d'abord, puis au Juge d'instruction, qu'il se rappelait avoir jeté le sac sur la voie, non loin du Crêt du Locle, et cela dans un moment d'emportement provoqué par des reproches qui lui avaient été adressés depuis Berne ; il déclara en outre qu'il ne savait pas ce que le sac était devenu, mais que l'employé Georges-Albin Droz devait l'avoir vu tomber et s'en être emparé.

Droz ayant opposé les dénégations les plus absolues aux accusations portées contre lui, fut mis en liberté ensuite d'arrêt de la Chambre d'accusation du 10 Mai 1876 et Fleury, déclaré coupable par le Jury du détournement d'une somme

de 50000 fr. au préjudice de la Compagnie du chemin de fer Jura-Berne-Lucerne, sans circonstances atténuantes, fut condamné, le 1er Juin suivant, au maximum de la peine édictée par le Code pénal neuchâtelois dans son art. 226, soit à deux ans de détention et à mille d'amende. Sur les conclusions de la Compagnie, intervenant comme partie civile, Fleury fut en outre condamné à 52 000 fr. de dommages-intérêts, avec intérêt à 5 % dès le 23 Novembre 1875.

Fleury a subi la totalité de sa peine au pénitencier de Neuchâtel et fut soumis par mesure administrative, à sa sortie de prison, à la haute surveillance de la police.

Quelque temps après l'élargissement de Fleury, le bruit se répandit à la Chaux-de-Fonds que le sac volé se trouvait entre les mains de Georges-Albin Droz, et ce dernier, arrêté ainsi que sa femme et de nombreux complices, ne tarda pas à faire des aveux complets. Il déclara avoir enlevé le sac, seul, le 23 Novembre 1875, à 10 ½ heures du soir, à la gare de la Chaux-de-Fonds, dans un fourgon où ce sac avait été oublié, intact et encore muni de ses plombs et cachets.

Renvoyé devant le Tribunal criminel, Georges Albin-Droz fut condamné, le 11 Décembre 1878, à 4 ans de détention comme seul auteur du vol, et ses complices à diverses peines.

A la suite de ce jugement, Fleury forma un pourvoi en revision auprès de la Cour de cassation pénale qui, par arrêt du 11 Octobre 1879, admit le pourvoi, cassa les deux jugements criminels des 1er Juin 1876 et 11 Décembre 1878, et renvoya tous les prévenus devant un nouveau Jury pour être jugés d'après les actes de l'accusation existants. (Art. 423 du Code de procédure pénale neuchâteloise.)

Le Jury criminel, réuni les 26 et 27 Novembre 1879, rendit un verdict négatif sur la question de fait concernant Fleury, lequel fut en conséquence acquitté.

Georges-Albin Droz et ses complices ayant été en revanche déclarés coupables, la Cour leur appliqua les mêmes peines que celles qui avaient été prononcées le 11 Décembre 1878.

A la suite de cet acquittement, Fleury, se fondant sur l'art. 431 du Code de procédure pénale précité, prend contre

l'Etat de Neuchâtel, devant le Tribunal Criminel, des conclusions tendant à ce qu'il lui soit alloué, à titre de dommages-intérêts, la somme de 5000 fr. et à ce qu'il lui soit en outre restitué divers objets et valeurs qui avaient été saisis sur lui lors de son arrestation.

Par jugement du 2 Décembre 1879, le Tribunal écarte cette demande, considérant entre autres que l'Etat n'a pas commis vis-à-vis de Fleury une faute ou même une erreur dommageable entraînant responsabilité ; que si l'erreur judiciaire que proclame Fleury existe, elle a été créée par ses fausses déclarations; qu'en conséquence, si Fleury a souffert des dommages par une condamnation erronée, la responsabilité lui en appartient tout entière, et enfin, qu'il serait contraire à la morale publique de procurer un profit à un individu pour avoir induit la justice en erreur.

C'est à la suite de ce jugement que Fleury a ouvert, le 31 Décembre 1879, devant le Tribunal fédéral, une action tendant à ce qu'il lui plaise réformer le dit jugement, et condamner l'Etat de Neuchâtel à payer au demandeur une indemnité de 5000 fr. avec intérêt légal dès le jour de la formation de la première demande, soit dès le 2 Décembre 1879.

Dans sa réponse, l'Etat de Neuchâtel oppose d'abord une exception d'incompétence, fondée sur les deux moyens suivants :

a) Le droit pénal est resté dans le domaine de la souveraineté cantonale. Or, quoiqu'il s'agisse ici d'une demande d'indemnité, ayant le caractère d'une action de droit civil, elle n'en est pas moins fondée sur les prescriptions d'une loi de procédure pénale d'un canton. A ce titre, elle ne saurait donc recevoir de solution que par les autorités cantonales compétentes, soit par le Tribunal criminel, et, en cas de vice de forme ou de fausse application de la loi, par la Cour d'appel et de cassation cantonale.

b) Le Tribunal fédéral ne saurait être considéré comme une Cour d'appel et de Cassation civile que lorsqu'il s'agit de l'application par les Tribunaux cantonaux des lois édictées

par le pouvoir législatif fédéral. (Art. 29 de la loi sur l'org. jud. féd.) Pour que le Tribunal fédéral puisse être valablement saisi d'un litige entre un particulier et un Canton, il faut qu'il le soit directement, avant que le demandeur ait porté lui-même sa cause devant une instance cantonale.

L'Etat de Neuchâtel conclut, dès lors, à ce qu'il plaise au Tribunal fédéral se déclarer incompétent pour prononcer sur la demande et, subsidiairement, la déclarer mal fondée.

Dans sa réplique, Fleury conclut à ce que le Tribunal fédéral se déclare compétent pour statuer en la cause ; il reprend, d'ailleurs, les conclusions de sa demande.

Il fait valoir, entre autres, sur la question de compétence, les considérations ci-après :

Il s'agit, dans l'espèce, d'une contestation de droit civil entre un canton et un particulier, contestation qui peut être soumise au Tribunal fédéral en vertu de l'art. 27 de la loi d'organisation judiciaire.

En ce qui touche le second moyen, aucun texte positif n'enlève à ce Tribunal le droit de se nantir, comme juge suprême, d'une question litigieuse qui a déjà fait l'objet du jugement d'une instance cantonale : les art. 29 et 31 al. 2 de la loi d'organisation judiciaire susvisée prévoient qu'il y a eu un jugement cantonal dont appel a été interjeté devant le Tribunal fédéral : il ne peut en être autrement lorsqu'il s'agit d'une cause réservée formellement à ce Tribunal, parce qu'il aurait convenu à la partie demanderesse de la soumettre d'abord à une instance cantonale.

D'ailleurs l'Etat de Neuchâtel est à tard pour soulever une exception d'incompétence. A teneur des art. 92 et 95 de la procédure civile fédérale, il devait opposer son déclinatoire dans les trois semaines qui ont suivi la communication à lui faite de la demande de Fleury ; comme il ne l'a pas fait, il est censé avoir admis conventionnellement la compétence du Tribunal fédéral.

Dans sa duplique, l'Etat de Neuchâtel reprend avec de nouveaux développements les conclusions de sa réponse ; il combat l'objection de tardiveté opposée en réplique par le

demandeur : il estime que les art. 92, 93 et 95 de la procédure civile fédérale sont virtuellement abrogés, et que, du reste, il est d'ordre public que, dans tous les cas où le Tribunal fédéral s'envisage incompétent, il prononce cette incompétence d'office, alors même que la partie défenderesse n'aurait pas cru devoir faire usage de ce moyen.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

Sur la fin de non-recevoir opposée en réplique par le demandeur Fleury à l'exception d'incompétence :

Cette fin de non-recevoir pour cause de tardiveté, tirée des articles 92 et 95 de la procédure civile fédérale, ne saurait être accueillie, en présence de la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, laquelle a reconnu que ces dispositions, visant un état de choses passé, ont été, par le fait de l'acceptation de la Constitution fédérale actuelle, ainsi qu'aux termes des art. 2 des dispositions transitoires de cette Constitution et 64 de la loi fédérale sur l'organisation judiciaire, abrogées dès la promulgation de cette dernière loi. (Voir arrêts du 21 Mars 1877, Préfargier c. Neuchâtel, Rec. III, 281 ; du 21 Décembre 1877, S.-O. c. Confédération, III, 788 et suiv.)

Sur l'exception d'incompétence :

En ce qui touche d'abord le second moyen :

1) Il s'agit dans l'espèce d'une demande civile portée devant le Tribunal criminel par un condamné déclaré innocent, conformément au prescrit de l'art. 431 du Code de procédure civile neuchâtelois, statuant qu'en pareil cas, il sera alloué à un tel condamné des dommages-intérêts proportionnés aux dommages qu'il aurait soufferts par une condamnation erronée.

Le Tribunal criminel de Neuchâtel ayant prononcé sur cette demande, aucune disposition de la Constitution ou des lois fédérales ne permet de soumettre une telle sentence, par voie d'appel, au Tribunal fédéral.

A teneur de l'art. 27, 4° de la loi sur l'organisation judiciaire, le Tribunal fédéral connaît, à la vérité, des différends de droit civil entre des particuliers et des Cantons, quand le litige atteint une valeur de 3000 fr. au moins, et que l'une des parties le requiert ; mais cette compétence n'existe que

lorsque de semblables différends sont portés de prime abord devant ce Tribunal, et elle ne saurait s'étendre, ainsi que de nombreux arrêts le proclament, à la révision des jugements rendus par les Tribunaux cantonaux auxquels la cause a été en premier lieu déférée. (Voir arrêts du 24 Septembre 1875; Municipalité de Sion, I, 522; du 24 Mars 1876, veuve Fumey-Hoffmann, II, 161; du 5 Février 1876, veuve Schenker, II, 159).

Le Tribunal fédéral ne peut être appelé à revoir les arrêts des Tribunaux cantonaux en matière civile, par voie d'un recours en réforme et aux termes de l'art. 29 de la loi d'organisation judiciaire susvisée, que lorsqu'il s'agit de l'application d'une loi fédérale. Comme ce n'est nullement le cas dans l'espèce, le jugement rendu par le Tribunal criminel le 2 Décembre 1879, demeure définitif en l'état.

2) La demande devant être écartée de ce chef, il n'y a pas lieu de statuer, ni sur le 1er moyen opposé par l'Etat défendeur, ni sur le fond de la cause.

Par ces motifs:

Le Tribunal fédéral

prononce:

Il n'est pas entré en matière, pour cause d'incompétence, sur la demande formée par H.-J.-J. Fleury.

VII. Civilstreitigkeiten, zu deren Beurtheilung das Bundesgericht von beiden Parteien angerufen worden war.

Différends de droit civil portés devant le Tribunal fédéral par convention des parties.

56. Urtheil vom 3. April 1880 in Sachen Gotthardbahngesellschaft gegen Bauunternehmung des großen Gotthardtunnels.

A. Zu Anfang des Jahres 1878 erwies sich die Ausmauerung des großen Gotthardtunnels auf der Strecke M. 2783—2814

als schadhaft und gefahrdrohend. Nachdem nun die Gotthardbahngesellschaft und die Bauunternehmung des großen Tunnels sich geeinigt hatten, die zwischen ihnen bestrittene Frage, welche Partei die Folgen dieses Zustandes, insbesondere die Kosten einer Rekonstruktion des Mauerwerkes zu tragen habe, schiedsrichterlicher Beurtheilung zu unterbreiten, gab das bestellte Schiedsgericht sein Urtheil am 26. Juni 1878 dahin ab:

„I. Die Gesellschaft hat dem Unternehmer die Hälfte des „Preises des abzubrechenden Mauerwerkes zu bezahlen.

„II. Der Unternehmer hat den Abbruch auf seine Kosten, „Risiko und Gefahr vorzunehmen; er bleibt Eigenthümer der „Abbruchsmaterialien. Die Kosten, welche durch Abtragung des „deformirten Mauerwerkes veranlaßt werden, sowie alle daraus „entstehenden Unkosten fallen der Unternehmung zur Last.

„III. Die Gesellschaft hat den Typus des neuen Mauerwerkes, nachdem sie sich darüber mit dem Unternehmer verständigt „haben wird, vorzuschreiben."

IV. werden den Parteien Rathschläge über die Art und Weise des neuen Mauerwerks ertheilt.

V. wird ausgesprochen: „Wenn die Parteien die oben gegebenen Rathschläge der Schiedsrichter im Ganzen oder theilweise „annehmen oder wenn sie über einen etwas abweichenden Rekonstruktionsmodus, welcher die Anwendung anderer Materialien oder einen andern Ausführungsmodus, als denjenigen, „welcher vertragsmäßig vorgeschrieben sei, bedingen würde, einig „werden sollten, so seien diese Mauerarbeiten nach den in dem „bezüglichen Nachtragsvertrag vom 21./25. September 1875 vereinbarten Preisen zu bezahlen.

„VI. Nach Art. 5 des Hauptvertrages trifft der Unternehmer, „wie er die Sache auffaßt, auf seine Kosten, Risiko und Gefahr „alle Ausführungsmaßregeln, welche er für nützlich hält, um den „Abbruch und die Rekonstruktion des als ungenügend befundenen „Mauerwerkes zu bewerkstelligen."

VII. u. s. w.

B. Die Rekonstruktion des zerstörten Mauerwerkes wurde hierauf in Angriff genommen, allein die ausgeführte Mauerung erwies sich in einzelnen Mauerringen wiederum als nicht haltbar,

so daß man sich genöthigt sah, zu einer zweiten Rekonstruktion zu schreiten und dazu eine größere, als die in den Verträgen als maximale vorgesehene einmetrige Mauerstärke, nämlich eine solche von 1½ Meter, zu wählen. Da eine Einigung über den Preis dieser vertragsmäßig nicht vorgesehenen Arbeit nicht erzielt werden konnte, so wurde in einem Nachtragsvertrage vom 5. Mai 1879 Art. 4 zwischen den Parteien vereinbart: „In Bezug auf den für die Rekonstruktion der zerstörten Mauerung längs der Strecke 2783—2814 per laufenden Meter zu fixirenden Preis behalten sich die Kontrahenten die Anrufung eines Schiedsgerichtes vor, welches, wenn sich die Parteien nicht über die Bestellung einigen können, von dem Bundesrathe ernannt wird." Das Schiedsgericht wurde auch wirklich vom Bundesrathe ernannt und es fand vor demselben am 9. und 10. Juli 1879 eine erste Verhandlung mit Augenschein statt, in Folge welcher das Schiedsgericht die Parteien aufforderte, ihre Begehren und Anträge schriftlich einzureichen. Mittlerweile hatte sich aber herausgestellt, daß die sog. Druckpartie oder mauvaise partie, auf welcher eine Rekonstruktion der Mauerung mit größerer Mauerstärke erfolgen mußte, sich nicht auf die im Nachtragsvertrage vom 5. Mai 1879 bezeichnete Strecke 2783—2814 beschränke, sondern sich südlich bis Meter 2832, nördlich bis Meter 2770 erstrecke, und es wurde nun die Ausdehnung der Kompetenz des Schiedsgerichtes zwischen den Parteien in mehrfacher Richtung streitig. Die Gotthardbahngesellschaft verlangte einen Vorentscheid des Schiedsgerichtes über die Kompetenzfrage, dahin gehend: Das Schiedsgericht wolle erkennen: Es sei einzig kompetent zur Fixirung des Preises für die mehr als ein Meter starke Rekonstruktion der zerstörten Mauerung längs der Strecke Kil. 2,783 bis 2,814 der Nordseite des großen Tunnels. Das Schiedsgericht gab indeß am 14. November 1879 seinen Entscheid dahin ab: 1. Die von der Direktion der Gotthardbahn gestellte Vorfrage ist abgewiesen. 2. Das Schiedsgericht erachtet sich kompetent, sein Urtheil mit Bezug auf die ganze in Rekonstruktion fallende Strecke, sog. Druckpartie oder mauvaise partie, zu erlassen.

C. Hierauf zog die Gotthardbahngesellschaft durch Eingabe vom

19. November 1879 die Angelegenheit an das Bundesgericht und zwar sowohl im Wege des staatsrechtlichen Rekurses als im Wege der Civilklage. Sie stellt die Anträge: 1. Vor Allem sei das Schiedsgericht aufzufordern, die gestellte Kompetenzfrage in ihrer Totalität, d. h. nicht nur hinsichtlich des „wo," sondern auch des „was," zu beantworten, und 2. es sei sodann die Kompetenzausdehnung in örtlicher und eventuell (je nach dem Entscheide über Ziffer 1) auch in potentieller Richtung aufzuheben, und dagegen zu erkennen: Das Schiedsgericht sei einzig kompetent zur Fixirung des Mauerungspreises für die Rekonstruktion der Strecke 2783—2814 per laufenden Meter. Zur Begründung wird im Wesentlichen Folgendes geltend gemacht: Die Tunnelunternehmung habe in ihrer dem Schiedsgerichte eingereichten Rechtsschrift zweierlei verlangt: 1. die volle Bezahlung des ersten Mauerwerkes zu den Vertragspreisen, 2. die Erstattung sämmtlicher seither für die Rekonstruktion gehabter Auslagen. Die Gotthardbahngesellschaft habe bezüglich dieser Begehren die Kompetenz des Schiedsgerichtes in zweifacher Richtung beanstandet; nämlich einmal in örtlicher, sodann auch in potentieller (sachlicher) Beziehung. Nach dem Vertrage beschränke sich die Kompetenz des Schiedsgerichtes örtlich auf die in demselben ganz genau bezeichnete Strecke von 2783—2814; in Bezug auf die übrigen zerstörten Strecken sei das Schiedsgericht zu entscheiden nicht befugt. Ferner beschränke sich die Aufgabe des Schiedsgerichtes potentiell (sachlich) auf die Bestimmung des Preises der Mauerung per laufenden Meter. Zur Entscheidung über die andern Fragen, welche die Tunnelunternehmung zur schiedsgerichtlichen Entscheidung bringen wolle, beziehungsweise über die andern Ansprüche, welche die Unternehmung mit Bezug auf die Rekonstruktion der zerstörten Strecken erhebe, sei das Schiedsgericht durchaus nicht kompetent; theilweise, was die Kosten der ersten Mauerung und die mittelbaren Kosten der Rekonstruktion für Abstützung, Nachsprengen u. dergl. anbelange, sei darüber schon durch den frühern rechtskräftigen Schiedsspruch vom 26. Juni 1878 entschieden; die Unternehmung wolle diesen Schiedsspruch freilich, als auf Irrthum beruhend, kurzerhand beseitigen; allein das sei offenbar unzuläßig. Auch insoweit aber, als diese

Ansprüche seither eingetretene Verhältnisse anbelangen, seien sie, nach dem klaren Wortlaute des Vertrages, nicht Gegenstand des gegenwärtigen schiedsrichterlichen Verfahrens. Die Unternehmung behaupte, seit der Zerstörung der ersten Mauerung betrachte sie sich als für Rechnung der Gesellschaft in régie arbeitend und verlange daher einfach den Ersatz aller effektiv gehabten Auslagen unter Zuschlag eines bénéfice légitime. Hierüber könne aber das Schiedsgericht gewiß nicht urtheilen; diesem, das ausschließlich aus Technikern zusammengesetzt sei, sei lediglich die Fixirung des Preises, den die Mauerung bei angemessenem Verfahren per laufenden Meter kosten solle, übertragen worden, keineswegs dagegen die Entscheidung über die Rechtsfrage, ob der Vertrag bezüglich der zerstörten Partie dahingefallen sei oder nicht und ob also der Abrechnung zwischen der Gotthardbahn und der Unternehmung die wirklichen Kosten oder Vertragspreise zu Grunde zu legen seien. In Bezug auf die örtliche Ausdehnung der schiedsgerichtlichen Kompetenz habe sich übrigens die Gesellschaft bereit erklärt, dieselbe auf die ganze zerstörte Strecke erstrecken zu wollen, sofern die Unternehmung ihrerseits erkläre, auch das erste Schiedsurtheil vom 26. Juni 1878 für die äußern Strecken voll und ganz gelten lassen zu wollen, denn es sei klar, daß, wenn das Schicksal der innern Strecke auf die äußere ausgedehnt werden wolle, dies ganz geschehen müsse oder dann gar nicht. Das Schiedsgericht, welches anfänglich die Ansicht der Gotthardbahngesellschaft über die Beschränkung seiner Kompetenz selbst getheilt zu haben scheine, wie sich daraus ergebe, daß es am 14. Juli 1879 die Parteien eingeladen habe, eine allfällige Vereinbarung über Erweiterung der Kompetenz innert einer bestimmten Frist zu treffen und dafür die Genehmigung des Bundesrathes beizubringen, habe nun in seinem Entscheide vom 14. November 1879 über die aufgeworfene Kompetenzfrage bloß in örtlicher, nicht dagegen in potentieller Beziehung geurtheilt. Darin liege aber eine Rechtsverweigerung, über welche die Gotthardbahngesellschaft beim Bundesgerichte Beschwerde führen könne. Uebrigens sei der fragliche Entscheid, da in demselben das Schiedsgericht, wie dargethan, seine Kompetenz überschritten habe, sowohl auf dem Wege der Civilklage als auf dem Wege des

staatsrechtlichen Rekurses beim Bundesgerichte anfechtbar; auf dem Wege der Civilklage könne dies geschehen, weil nach Art. 14 des zwischen Parteien abgeschlossenen Hauptvertrages vom 7. August 1872 das Bundesgericht ordentliches Gericht der Parteien für Streitigkeiten aus ihrem Vertragsverhältnisse sei; nun können allerdings durch Schiedsvertrag einzelne Streitigkeiten Schiedsgerichten zur Entscheidung übertragen werden; wenn aber das Schiedsgericht seine Kompetenzen überschreite, so könne die verletzte Partei unbedingt bei dem ordentlichen Gerichte auf Einhaltung des Vertrages klagen. Dazu komme aber noch, daß im vorliegenden Falle überhaupt kein rechtsgültiger Schiedsvertrag bestehe. Nach Art. 14 des Hauptvertrages stehen nämlich die Parteien unter der Herrschaft der luzernischen Gesetzgebung. Nach dem luzernischen Gesetze über die Schiedsgerichte vom 4. Dezember 1853 sei aber ein Essentiale eines gültigen Schiedsvertrages, daß darin Bestimmungen über die Befugnisse des Obmannes getroffen seien; davon sei aber in Art. 4 des Nachtragsvertrages vom 5. Mai 1879 nichts bestimmt und dieser enthalte überhaupt offenbar keinen perfekten Schiedsvertrag. Auf dem Wege des staatsrechtlichen Rekurses sei der fragliche Entscheid des Schiedsgerichtes anfechtbar, weil, wenn ein überhaupt nicht zu Recht bestehendes Schiedsgericht sich irgendwelche Kompetenzen anmaße, oder ein an sich gesetzmäßig eingesetztes seine Kompetenzen überschreite, dadurch offenbar der Art. 58 der Bundesverfassung verletzt werde; ein Schiedsgericht müsse auch, da es nur kraft des Gesetzes eines Kantons gültig bestehen könne, als eine kantonale Behörde im Sinne des Art. 59 des Gesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege betrachtet werden.

D. In ihrer Antwort trägt die Bauunternehmung des großen Gotthardtunnels auf Abweisung der Klageschlüsse unter Kostenfolge an, indem sie zur Begründung wesentlich geltend macht: Der staatsrechtliche Rekurs sei unzulässig und unbegründet, denn weder sei das Schiedsgericht eine dem Bundesgerichte untergeordnete, beziehungsweise eine kantonale Behörde, noch könne hier von einer Verletzung des Art. 58 der Bundesverfassung irgendwie die Rede sein. Was die Civilklage anbelange, so sei vorerst zu bemerken, daß die luzernische Gesetzgebung über Schiedsge-

richte hier nicht zur Anwendung kommen könne. Das Schiedsgericht sei durch die eidgenössische Administrativbehörde, folglich außerhalb des Art. 14 des Vertrages vom 7. August 1872, gewählt worden und es sei ihm die Befolgung keiner speziellen Gesetzgebung, sei es durch den Schiedsvertrag, sei es durch die Wahlbehörde, zur Pflicht gemacht worden; es sei also einzig an allgemeine Rechtsprinzipien gebunden. Allerdings sei nun anzuerkennen, daß die Schiedsgerichte nicht über Fragen entscheiden dürfen, welche ihnen von den Parteien nicht unterbreitet worden seien; allein in Ermangelung einer besondern Gesetzes- oder Vertragsbestimmung könne die Frage, was dem Schiedsgerichte zum Entscheide unterbreitet sei, zur Kognition der ordentlichen Gerichte erst gebracht werden, wenn der Schiedsspruch in der Hauptsache gefällt sei; vorher könne der Lauf des schiedsgerichtlichen Verfahrens nicht durch eine Entscheidung der ordentlichen Gerichte gehemmt werden. Die Civilklage sei also jedenfalls im gegenwärtigen Stadium der Sache nicht zulässig. Uebrigens habe das Schiedsgericht seine Befugniß keineswegs überschritten. Die Bezeichnung der in Betracht fallenden Strecke durch ziffermäßig bestimmte Anfangs- und Endpunkte sei im Vertrage nicht in limitativem Sinne gemeint gewesen, vielmehr habe man dadurch die gesammte in Rekonstruktion fallende Strecke, sog. Druckpartie oder mauvaise partie, bezeichnen wollen und die Zahlen nur der örtlichen Bezeichnung wegen beigefügt. Dies sei erweislich die Absicht der Parteien gewesen, wie sich aus den Aussagen des Tunnelinspektors Kaufmann vor dem Schiedsgerichte ergebe und wie auch die Mitglieder des Bundesrathes, unter deren Vermittlung der Schiedsvertrag abgeschlossen worden sei, bestätigen würden. Dies entspreche auch einzig der Natur der Sache, denn es wäre geradezu widersinnig, über die verschiedenen Theile der Druckpartie verschiedene Gerichte entscheiden zu lassen, während doch die Verhältnisse ganz die gleichen seien. Von einer Rechtsverweigerung seitens des Schiedsgerichtes dann könne offenbar nicht die Rede sein, um so weniger als ein Schiedsgericht gar nicht verpflichtet sei, einen vorläufigen Entscheid über die Grenzen seiner Kompetenz abzugeben. Die Einwendungen, welche die Gotthardbahngesellschaft gegen die Kompetenz des Schiedsgerich-

tes in sachlicher (potentieller) Beziehung erhebe, qualifiziren sich sämmtlich als Einwendungen in der Hauptsache, und lassen die Kompetenz des Schiedsgerichtes durchaus unberührt. Die Parteien seien eben über die Prinzipien, nach welchen der Mauerungspreis auf der zerstörten Strecke bestimmt werden solle, nicht einig; gerade darüber aber habe das Schiedsgericht nach dem klaren Wortlaute des Schiedsvertrages zu entscheiden; wenn die Gotthardbahngesellschaft glaube, daß die Ansprüche der Tunnelunternehmung auf unrichtigen Grundlagen beruhen, indem in einzelnen Punkten durch die frühern Verträge und durch den ersten Schiedsspruch anders entschieden sei, so habe sie diese Einwendungen in der Verhandlung zur Hauptsache geltend zu machen, nicht in Form einer Kompetenzeinwendung. Die Kompetenzbestreitung der Gotthardbahngesellschaft zwecke einzig darauf ab, vor durchgeführter Sachverhandlung einen wichtigen Theil ihrer Ansprüche feststellen zu lassen, was offenbar unzulässig sei.

E. Aus den Replikausführungen der Gotthardbahngesellschaft ist hervorzuheben: Das Klagegesuch der Gesellschaft habe den Zweck, feststellen zu lassen, daß die Unternehmung des großen Gotthardtunnels schuldig sei, anzuerkennen, daß sie nichts Anderes durch das Schiedsgericht beurtheilen zu lassen berechtigt sei, als den Preis für die Rekonstruktion der zerstörten Mauerung längs der Strecke 2783 bis 2814 per laufenden Meter. In diesem Sinne werde dasselbe unter allen Umständen zuzusprechen sein. Das luzernische Gesetz sei schon deßhalb für den fraglichen Schiedsvertrag maßgebend, weil es das Recht des Domizils der Gotthardbahngesellschaft sei, welche in der Sache selbst Beklagte sei, und dieselbe daher dort ihre Verpflichtungen aus dem Vertrage zu erfüllen habe. Die Klage sei keineswegs verfrüht, denn weder nach dem luzernischen Gesetze noch nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen könne die Gotthardbahngesellschaft verhindert werden, schon jetzt durch das hiezu allein kompetente ordentliche Gericht feststellen zu lassen, wie weit die Kompetenz des Schiedsgerichtes reiche. Im Uebrigen werden die thatsächlichen und rechtlichen Ausführungen der Klagebeantwortung unter ausführlicher Begründung bestritten.

Duplikando macht die Tunnelunternehmung geltend:

Das luzernische Gesetz über Schiedsgerichte könne für den fraglichen Schiedsvertrag, der in Bern geschlossen worden sei und ein auf urnerischem Territorium gelegenes Streitobjekt anbelange u. s. w., der Natur der Sache nach, nicht maßgebend sein. Es handle sich hier keineswegs um eine gewöhnliche Civilklage, sondern um einen Kassationsrekurs gegen ein schiedsgerichtliches Urtheil, welcher darauf begründet werde, daß die Schiedsrichter angeblich ihre Kompetenz überschritten haben. Ein solcher Rekurs könne aber erst nach Ausfällung des Schiedsspruches erhoben werden, wie sich sogar aus Art. 11 des luzernischen Gesetzes ergebe. Uebrigens sei es im gegenwärtigen Stadium der Sache für das Bundesgericht materiell unmöglich, die Frage mit Sachkenntniß zu entscheiden, da es über die wichtigsten thatsächlichen Punkte, welche zwischen den Parteien streitig seien, nicht aufgeklärt sei.

F. Bei der heutigen Verhandlung halten die Vertreter der Parteien unter ausführlicher Begründung ihre gestellten Anträge aufrecht.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

I. Betreffend den staatsrechtlichen Rekurs:

1. Nach Art. 59 litt. a des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege beurtheilt das Bundesgericht Beschwerden von Privaten und Korporationen betreffend Verletzung verfassungsmäßiger Rechte, vorausgesetzt, daß diese Beschwerden gegen Verfügungen kantonaler Behörden gerichtet sind. Im vorliegenden Falle handelt es sich nun aber um den Entscheid eines Schiedsgerichtes, welches in Folge einer Privatvereinbarung der Parteien zur Beurtheilung des speziellen Falles eingesetzt wurde. Ein solches Schiedsgericht kann aber nicht als eine kantonale Behörde im Sinne des Art. 59 cit. betrachtet werden. Denn dasselbe ist kein kraft staatlicher Anordnung und zu Ausübung staatlicher Funktionen niedergesetztes Kollegium, welches seine Kompetenzen vom Staate, als Träger der Justizhoheit herleitet, sondern seine Bestellung und seine Kompetenzen beruhen einzig und allein auf einer Privatwillenserklärung der Parteien. Es ist keine kantonale und überhaupt keine staatliche, sondern eine gewillkürte Behörde, welche ihre Existenz einzig und allein der

vertraglichen Vereinbarung der Parteien verdankt und deren Entscheidungen die Parteien auch nur kraft der getroffenen vertraglichen Vereinbarung sich zu unterwerfen verpflichtet sind. Wenn allerdings den Entscheidungen eines solchen Schiedsgerichtes Rechtskraft und Vollstreckbarkeit unter gewissen Voraussetzungen zukommt, so beruht dies keineswegs darauf, daß dem Schiedsgerichte die Ausübung hoheitlicher Rechte zustände, sondern ist lediglich eine dem Schiedsvertrage für die Parteien kraft besonderer Gesetzesbestimmung beigelegte Wirkung. Es treffen denn auch die legislativen Gründe, welche dazu geführt haben, gegen Verfügungen kantonaler Behörden einen Rekurs an das Bundesgericht wegen Verfassungsverletzung zu gestatten, für schiedsgerichtliche Entscheidungen keineswegs zu. Der staatsrechtliche Rekurs erscheint demnach als unzulässig.

II. Betreffend die Civilklage:

2. Aus den Anbringen der Klägerin ergibt sich, daß die erhobene Civilklage ihrer rechtlichen Natur nach offenbar als eine Präjudizialklage auf Feststellung des Inhaltes des Schiedsvertrages in dem in dem Klagebegehren bezeichneten Sinne betrachtet werden muß. Frägt es sich nun in erster Linie, nach welchem Rechte diese Klage zu beurtheilen sei, so kann der Behauptung der Klägerin, daß auf dieselbe das luzernische Gesetz über Schiedsgerichte vom 4. Dezember 1853 anzuwenden sei, nicht beigetreten werden. Art. 14 des zwischen den Parteien abgeschlossenen Hauptvertrages vom 7. August 1872 bestimmt allerdings, daß, „soweit das Bundesgericht nach Maßgabe der Vorschriften des gegenwärtigen Artikels zu urtheilen berufen ist, es ersucht werden soll, seine Entscheidungen nach Maßgabe der luzernischen Gesetzgebung zu treffen.“ Allein diese Bestimmung kann offenbar für die Beurtheilung von Streitigkeiten nicht gelten, welche sich auf Verträge beziehen, die gerade zum Zwecke haben, eine Streitigkeit der Kognition des Bundesgerichtes zu entziehen und einem Schiedsgerichte zur Beurtheilung zu übertragen. Abgesehen sodann von dieser Bestimmung des Hauptvertrages, sprechen durchaus keine Gründe dafür, daß die Parteien bei Abschluß des Schiedsvertrages vom 5. Mai 1879 sich der luzernischen Gesetzgebung haben unterwerfen wollen oder müssen. Vielmehr muß, angesichts der Thatsachen, daß der fragliche Vertrag in Bern

abgeschlossen wurde, das Streitobjekt auf dem Territorium des Kantons Uri gelegen ist, die Wahl der Schiedsrichter dem Bundesrathe übertragen wurde und der ordentliche Gerichtsstand der Parteien nach Maßgabe des Hauptvertrages das Bundesgericht ist, gefolgert werden, daß die Parteien bei Abschluß des Nachtragsvertrages vom 5. Mai 1879 weder die luzernische, noch überhaupt eine bestimmte kantonale Gesetzgebung als für diesen Vertrag maßgebend betrachtet haben. Für dessen Beurtheilung können also lediglich allgemeine Grundsätze in Betracht kommen.

3. Nach allgemeinen Grundsätzen liegt nun zweifellos in Art. IV des Nachtragsvertrages vom 5. Mai 1879 ein gültiger Schiedsvertrag. Denn derselbe ist sowohl nach der sachlichen als nach der persönlichen Seite hin hinlänglich bestimmt und durch übereinstimmende Willenserklärung dispositionsfähiger Parteien abgeschlossen worden. Aus dem Schiedsvertrage entspringt nun nach gemeinrechtlichen Grundsätzen unzweifelhaft das Recht der Partei, durch Präjudizialentscheidung des ordentlichen Richters den Inhalt des Schiedsvertrages, beziehungsweise die daraus für sie entspringenden Befugnisse feststellen zu lassen; denn es ist hier die Verfolgung eines bestrittenen Rechtes von einer solchen Präjudizialentscheidung abhängig und in derartigen Fällen ist das Recht der Partei, eine richterliche Präjudizialentscheidung zu verlangen, allgemein anerkannt. Daß, wenn vor einem bestehenden Schiedsgerichte seitens einer Partei die Unzulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens, sei es überhaupt, sei es in Beziehung auf einzelne Punkte, behauptet wird, das Schiedsgericht selbst über seine Kompetenz zu entscheiden habe und der Partei lediglich die Befugniß verbleibe, nach Fällung des schiedsrichterlichen Endurtheils dasselbe auf dem Wege des Rechtsmittels anzufechten, kann nicht als richtig anerkannt werden. Wenn allerdings auf Grund einzelner Gesetzgebungen eine derartige Folgerung gezogen zu werden scheint (vergl. Carré et Chauveau, Lois de la procédure civile et commerciale, IV, 2, S. 938; Sirey, Codes annotés, Procédure civile, N° 1016), so kann dieselbe doch, mangels einer positiven Gesetzesbestimmung, aus allgemeinen Gründen nicht gerechtfertigt werden. Denn die Aufgabe der Schiedsrichter beschränkt sich auf die Erledigung der ihnen übertragenen Streitigkeit, dagegen können sie Anstände über die Gül-

tigkeit oder Ungültigkeit oder über die Auslegung des Schiedsvertrages, da ihnen in Beziehung hierauf das Schiedsrichteramt nicht übertragen ist, nicht entscheiden, sondern hiezu ist einzig der ordentliche Richter befugt; es spricht nun durchaus kein Grund dafür, daß die Entscheidung des letztern erst nach Ausfällung des schiedsrichterlichen Endurtheils angerufen werden dürfe, sondern es muß dies, mangels einer entgegenstehenden Gesetzesbestimmung, jederzeit statthaft sein. Demgemäß erscheint die erhobene Civilklage an sich als statthaft.

4. Es geht nun aber aus den klägerischen Anbringen nicht mit Sicherheit hervor, in welchem Umfange die Klägerin die Kompetenz des Schiedsgerichtes in, wie sie sich ausdrückt, potentieller Richtung bestreitet, insbesondere inwieweit sie behauptet, daß über die von der Tunnelunternehmung erhobenen Ansprüche bereits durch den frühern Schiedsspruch entschieden sei. Ebensowenig hat dieselbe entscheidende Beweise für die Richtigkeit der von ihr vertretenen Interpretation des Schiedsvertrages, sowohl in dieser Richtung als in Beziehung auf die Ausdehnung der örtlichen Kompetenz des Schiedsgerichtes, beigebracht. Denn es ist in ersterer Richtung keineswegs klargestellt, welche Elemente bei Bestimmung des Preises der Rekonstruktion des zerstörten Mauerwerkes, welche dem Schiedsgerichte übertragen ist, in Berechnung gezogen werden müssen; in Beziehung auf die Ausdehnung der örtlichen Kompetenz des Schiedsgerichtes sodann ist ebenfalls nicht hinlänglich festgestellt, inwieweit eine getrennte Behandlung der einzelnen zerstörten Strecken als möglich und gewollt betrachtet werden kann. In allen Beziehungen erscheint vielmehr weitere Parteiverhandlung und Beweisaufnahme, insbesondere der Ausspruch Sachverständiger, als erforderlich. Die Klage muß demgemäß als nicht hinlänglich substantiirt und begründet abgewiesen werden, wobei aber den Parteien überlassen bleibt, nach Ausfällung des schiedsgerichtlichen Endurtheils die Frage der Kompetenz des Schiedsgerichtes durch erneuerte Klage zur Entscheidung durch das Bundesgericht zu bringen.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

1. Auf den staatsrechtlichen Rekurs wird nicht eingetreten.
2. Die Civilklage wird angebrachtermaßen abgewiesen.

Lausanne. — Imp. Georges Bridel.

A. STAATSRECHTLICHE ENTSCHEIDUNGEN

ARRÊTS DE DROIT PUBLIC

Erster Abschnitt. — Première section.

Bundesverfassung. — Constitution fédérale.

I. Constitutionelle Rechte. Droits constitutionnels.

1. Rechtsverweigerung. — Déni de justice.

57. Urtheil vom 4. September 1880 in Sachen Billiger.

A. Zwischen dem Rekurrenten Bernhard Billiger in Zug und seinem Stiefsohn Albert Lutiger, Metzger, daselbst, entstanden nach dem Tode der Mutter des letzteren Differenzen in Bezug auf die Vermögensausscheidung, welche zu einer Reihe von Prozessen führten. Insbesondere war zwischen denselben die Rechtsverbindlichkeit einer zwischen ihnen am 5. Juli 1878 in Gegenwart des Fürsprechers Stadlin mündlich verhandelten Uebereinkunft streitig geworden, welche im wesentlichen dahin ging, daß Albert Lutiger das gesammte vorhandene Vermögen in Aktiven und Passiven übernehmen, dagegen dem Rekurrenten eine Auskaufssumme von 22 000 Fr. zukommen solle. Rekurrent weigerte sich nämlich die von Fürsprecher Stadlin entworfene schriftliche Ausfertigung dieser Uebereinkunft zu unterzeichnen, da er dem Inhalte derselben niemals rechtsverbindlich

beigepflichtet habe. Der auf Anerkennung der fraglichen Uebereinkunft gerichteten Klage des Lutiger hielt Rekurrent Villiger wesentlich die Einwendung entgegen, daß bei Verhandlung des fraglichen Uebereinkommens die schriftliche Abfassung desselben vorbehalten worden sei und daß in diesem Falle nach feststehender zugerischer Gerichtspraxis der betreffende Vertrag erst durch beidseitige Unterzeichnung desselben zur Perfektion gelange, sowie daß Lutiger selbst, wie sich aus seinem Verhalten in anderen, zwischen ihm und Rekurrenten schwebenden Prozessen ergebe, die fragliche Uebereinkunft nicht als zu Recht bestehend behandelt habe. Das Kantonsgericht von Zug sprach durch erstinstanzliches Urtheil vom 16. Oktober 1879 die Klage zu, dagegen wies das Obergericht durch Entscheidung vom 1. Dezember 1879 in zweiter Instanz, in Abänderung des kantonsgerichtlichen Urtheils, die Klage ab. Gegen diese Entscheidung legte Lutiger Kassationsbeschwerde ein und das Kassationsgericht hob durch Urtheil vom 29. Dezember 1879 das Urtheil des Obergerichtes auf und stellte das erstinstanzliche Urtheil des Kantonsgerichtes wieder her.

B. Gegen diese Entscheidung des Kassationsgerichtes reichte Rekurrent am 10. Januar 1880 beim Kassationsgerichte selbst ein Begehren um „Wiedererwägung" wegen offenbaren Irrthums hinsichtlich entscheidender Thatsachen ein, indem er sich u. A. namentlich darauf berief: Er habe sich in erster Instanz duplicando zur Entkräftung der für die Gültigkeit der streitigen Uebereinkunft angerufenen Zeugenaussage des Fürsprechers Stadlin auf die sämmtlichen Aktenhefte der unter den Litiganten anhängigen und zwischen ihnen erledigten Prozesse, nämlich das Aktenheft Nr. 190 pro 1878, Nr. 44 pro 1879, betreffend die Gültigkeit eines Testamentes der Frau Regina Villiger, geb. Zimmermann, das Aktenheft Nr. 184 pro 1879, Nr. 28 pro 1880, betreffend Kapitalrückzahlung, die Aktenhefte betreffend einen Provokationsprozeß, die Inventur und ein Sparkassabüchlein, und das Aktenheft Nr. 185 pro 1879, Nr. 29 pro 1880, betreffend ein Guthaben bei der Kreditkasse berufen, um darzuthun, daß auch nach dem 6. Juli 1878 von keinem Theile der Inhalt der streitigen Uebereinkunft als rechtsverbindlich be-

handelt worden sei. In seiner Antwort auf die Kassationsbeschwerde der Gegenpartei habe er die Verlesung der betreffenden Stelle seiner Duplik ausdrücklich verlangt. Nun haben aber, wie sich aus einer Bescheinigung der Gerichtskanzlei ergebe, den Mitgliedern des Kassationsgerichtes bei der Urtheilsfällung die fraglichen, auf der Gerichtskanzlei liegenden Aktenhefte gar nicht vorgelegen; der Richter habe also die darin enthaltenen Beweise, und zwar offenbar aus Versehen, gar nicht gewürdigt, weshalb eine Verbesserung dieses Versehens, bezw. eine Wiedererwägung des Urtheils, Platz greifen müsse. Das Kassationsgericht erkannte indeß durch Urtheil vom 5. April 1880, es sei auf dieses Begehren als unstatthaft nicht einzutreten.

C. Schon vor Ausfällung des letzteren Entscheides hatte B. Villiger unterm 1. März 1880, für den Fall, daß das Kassationsgericht seinem Begehren um Wiedererwägung nicht entsprechen sollte, den staatsrechtlichen Rekurs gegen das Urtheil des Kassationsgerichtes vom 29. Dezember 1879, welches ihm am 6. Januar 1880 eröffnet worden war, vorläufig angemeldet. Vermittelst Rekursschrift vom 30. April 1880 sodann stellt Rekurrent beim Bundesgericht die Anträge: 1. Es sei das Urtheil des Kassationsgerichtes von Zug i. S. Bernhard Villiger, Vorbeklagten, gegen Albert Lutiger, Vorkläger, die streitige Uebereinkunft derselben vom 6. Juli 1878 betreffend, ausgefällt am 29. Dezember 1879 sammt der einschlägigen Verhandlung zu kassiren; 2. die Gerichtskosten seit dem obergerichtlichen Urtheile vom 1. Dezember 1879, soweit sie auf Grundlage der zugerschen Civilprozeßordnung erlaufen sind, und die Kosten dieser Beschwerde habe Albert Lutiger zu tragen. Zur Begründung werden, unter ausführlicher Darlegung des Sachverhaltes, wesentlich die bereits in dem an das Kassationsgericht gerichteten Wiedererwägungsgesuche enthaltenen, oben sub B angeführten Thatsachen geltend gemacht, indem beigefügt wird: das Kassationsgericht sei verpflichtet gewesen, vor der Urtheilsfällung auch die Beweismittel des Beklagten vollständig zu würdigen; die Partei treffe daran, daß dies nicht geschehen sei, keine Schuld, da das Verfahren vor Kassationsgericht ein schriftliches sei und die betreffenden Aktenstücke auf der Gerichtskanzlei, von

welcher sie sich das Gericht hätte vorlegen lassen sollen, gelegen haben. Das Verfahren des Kassationsgerichtes enthalte eine Verweigerung des vollständigen rechtlichen Gehörs und verletze den Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetze.

D. In seiner Vernehmlassung trägt Albert Lutiger auf Abweisung der Beschwerde an, indem er sich darauf beruft, daß der fragliche Rechtsstreit vor den zugerschen Gerichten aller Instanzen ausführlich verhandelt und endgültig beurtheilt worden sei; ob die vom Rekurrenten angerufenen Aktenhefte von den Richtern selbst eingesehen worden seien, sei völlig indifferent, da der Inhalt dieser Hefte in faktischer und rechtlicher Beziehung ausführlich mitgetheilt worden sei und nicht über diesen, sondern nur über die aus demselben zu ziehenden Schlüsse zu entscheiden gewesen sei und es keineswegs nothwendig sei, daß der Richter in seinem Urtheile alle irrelevanten Vorbringen einer Partei erörtere und widerlege.

E. In Replik und Duplik halten die Parteien ihre Anträge und Ausführungen aufrecht, ohne wesentlich neues vorzubringen. Gegenüber der Replik des Rekurrenten bemerkt das Kassationsgericht des Kantons Zug, daß die Aktenhefte, deren Nichtbeachtung ihm vorgeworfen werde, auch in den Urtheilen der beiden Vorinstanzen, welche an das Kassationsgericht gezogen worden seien, nicht speziell erwähnt und gewürdigt seien, und daß übrigens es dem Rekurrenten obgelegen hätte, die Verfassungsbestimmungen, welche er als durch das Urtheil des Kassationsgerichtes verletzt erachte, speziell zu bezeichnen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die sechzigtägige Rekursfrist des Art. 59 des Gesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege ist durch die am 1. März 1880 geschehene vorläufige Anmeldung des Rekurses gewahrt, es muß mithin die materielle Begründetheit der Beschwerde geprüft werden.

2. Rekurrent begründet nun seine Beschwerde damit, daß er ausführt, das Kassationsgericht des Kantons Zug habe bei Ausfällung seines angefochtenen Entscheides vom 29. Dezember 1879 von ihm angerufene und zu den Akten gebrachte erhebliche Beweismittel aus Versehen nicht gewürdigt, worin eine Versagung

des vollständigen rechtlichen Gehörs, eine ungleiche Behandlung beider Parteien und damit eine Verletzung des verfassungsmäßigen Grundsatzes der Gleichheit vor dem Gesetze bezw. eine Rechtsverweigerung liege.

3. Diesen Ausführungen kann indeß keinenfalls beigetreten werden. Auch die vollständige Richtigkeit der thatsächlichen Anbringen des Rekurrenten vorausgesetzt nämlich, kann doch im vorliegenden Falle keineswegs von einer ungleichen Behandlung vor dem Gesetze, beziehungsweise von einer Rechtsverweigerung gesprochen werden. Denn als Rechtsverweigerung kann jedenfalls neben der Weigerung eine Rechtssache überhaupt an die Hand zu nehmen, nur die willkürliche Abweisung einer Partei mit gesetzlich offenbar begründeten Gesuchen, bezw. überhaupt die willkürliche Verletzung einer Partei in ihr gesetzlich offenbar zustehenden Rechten betrachtet werden. Nun handelt es sich im vorliegenden Falle nach der eigenen Darstellung des Rekurrenten um nichts anderes, als um ein Versehen des Richters, beziehungsweise darum, daß der Richter aus Versehen gewisse zu den Akten gebrachte, nach der Ansicht des Rekurrenten erhebliche Beweismittel nicht in Betracht gezogen, also die durch dieselben konstatirten Thatsachen aus Versehen gar nicht gewürdigt habe. Hiegegen kann aber das Bundesgericht, welches keineswegs befugt ist, endgültige kantonale Entscheidungen wegen Aktenwidrigkeit oder wegen anderer Fehler in procedendo vel judicando als Kassationsinstanz aufzuheben, sondern welches lediglich im Falle einer Rechtsverweigerung im oben angegebenen Sinne einzuschreiten berechtigt ist, keine Abhülfe gewähren.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird als unbegründet abgewiesen.

2. Gleichheit vor dem Gesetze. — Egalité devant la loi.

58. *Arrêt du 17 Juillet 1880 dans la cause Regnier et consorts.*

Jusqu'en 1873, les curés et vicaires catholiques étaient nommés dans le canton de Genève sur présentations faites par l'évêque de Fribourg et agréées par le Conseil d'Etat.

En 1872, un conflit s'était élevé entre le Conseil d'Etat et l'autorité ecclésiastique catholique : l'évêque refusait entre autres de présenter des candidats aux cures vacantes. Dans cette position le Grand Conseil de Genève adopta, le 19 Février 1873, une loi constitutionnelle sur le culte catholique, portant à son article 1er :

« Les curés et les vicaires sont nommés par les citoyens » catholiques inscrits sur le rôle des électeurs cantonaux. Ils » sont révocables. »

L'art. 3 est ainsi conçu :

« La loi détermine le nombre et la circonscription des » paroisses, les formes et les conditions de l'élection des » curés et des vicaires, le serment qu'ils prêtent en entrant » en fonctions, les cas et le mode de leur révocation, etc. »

Cette loi fut acceptée à la votation populaire par 9081 voix contre 151.

La loi organique destinée à régler l'application pratique des principes posés par la loi constitutionnelle fut promulguée le 17 Août 1873 ; elle contient à son art. 10 la disposition suivante :

« Si, dans une votation pour l'élection d'un curé ou d'un » vicaire, le nombre des votants reste inférieur au quart des » électeurs inscrits, la cure restera vacante jusqu'au moment » où le Conseil d'Etat, sur une pétition des paroissiens, sur » une demande du Conseil supérieur, ou même d'office, croira » convenable de faire procéder à une nouvelle votation. »

Quelques élections de curés eurent lieu, après la promul-

gation de cette loi organique, dans des paroisses catholiques importantes, et le nombre des votants ayant dépassé le quart des électeurs inscrits, les curés élus furent installés. Toutefois les électeurs catholiques de la paroisse de Grand-Saconnex ayant été convoqués pour nommer un curé, il ne se présenta au scrutin qu'un nombre d'électeurs inférieur au quart légal.

Peu après, le député Reverchon proposa au Grand Conseil d'abolir le quorum et de remplacer l'art. 10 de la loi organique sur le culte catholique par un autre article, dont le premier paragraphe se borne à dire :

« L'élection des curés et des vicaires ainsi que celle des » Conseils de paroisse ont lieu suivant les formes fixées par » la loi sur les élections municipales. »

Cette proposition fut adoptée le 30 Janvier 1875.

Sous date du 17 Janvier 1880, le Grand Conseil abroge la disposition susvisée, et la remplace par une loi, publiée le 27 Février suivant, rétablissant le quorum dans un article unique conçu comme suit :

« La loi du 30 Janvier 1875 est et demeure abrogée.

« L'art. 10 de la loi organique sur le culte catholique du » 27 Août 1873 est remis en vigueur. »

C'est contre cette loi que les citoyens Ulysse Regnier et consorts, ressortissants de 22 paroisses catholiques du Canton de Genève, recourent au Tribunal fédéral. Ils concluent à ce qu'il lui plaise prononcer que, la loi du 17 Janvier 1880 est inconstitutionnelle, et que, comme telle, elle est déclarée nulle et de nul effet.

A l'appui de leur recours, Regnier et consorts font valoir en résumé ce qui suit :

La réintroduction du quorum viole l'art. 1er de la loi constitutionnelle sur le culte catholique, statuant que les curés et les vicaires sont nommés par les citoyens catholiques inscrits sur les rôles des électeurs cantonaux ; elle viole en outre l'art. 3 de la même loi, ainsi que les droits conférés aux citoyens par les art. 4, 5 de la Constitution fédérale, 12 de la Constitution genevoise de 1847, garantissant l'éga-

lité des citoyens devant la loi, et 3 de la loi constitutionnelle genevoise de 1868.

En admettant le quorum, on place les citoyens catholiques dans une situation inférieure à celle de leurs concitoyens protestants : c'est une exception injuste et que rien ne justifie. A teneur de l'art. 3 de la loi constitutionnelle du 26 Août 1868, l'Etat doit aux deux confessions l'entretien complet et égal, et il n'a pas le droit de se dispenser des obligations qui lui sont imposées par la constitution.

Par lettre du 14 Mai 1880, les Conseillers d'Etat Carteret, Cambessédès et Gavard informent le Tribunal fédéral qu'ils ont voté contre la réponse du Gouvernement de Genève au recours, et par une autre lettre du 21 dit, ils déclarent s'associer aux conclusions des recourants, en ajoutant qu'à leur sens, la fixation d'un quorum pour les élections catholiques est aussi en contradiction formelle avec l'art. 49, § 4 de la Constitution fédérale, statuant que l'exercice des droits civils et politiques ne peut être restreint par des prescriptions ou des conditions de nature ecclésiastique ou religieuse. Or l'exercice du droit d'élire un ministre du culte, droit essentiellement politique, serait restreint par une prescription fondée sur le fait que cet électeur appartient à telle ou telle église, condition de nature religieuse.

Dans sa réponse, le Conseil d'Etat conclut au rejet du recours :

Le quorum ne viole point le principe de l'égalité devant la loi ; le pouvoir législatif est compétent pour établir des règles différentes en les appliquant à des situations qui ne sont pas identiques ; tant qu'il ne contrevient pas à un texte constitutionnel précis, il est libre d'agir comme il l'entend dans le cercle de ses attributions.

On ne voit pas comment l'art. 3 de la loi du 26 Août 1868, mettant l'entretien des cultes à la charge de l'Etat, pourrait être atteint par la loi du 17 Janvier 1880, laquelle n'est elle-même qu'une conséquence d'une autre loi constitutionnelle, celle du 19 Février 1873 sur le culte catholique.

La loi dont est recours ne viole pas davantage les art. 1er et

3 de celle du 19 Février 1873 précitée. L'art 1er dit sans doute que les curés et vicaires sont nommés par les citoyens catholiques inscrits sur les rôles des électeurs cantonaux, mais l'art. 3 ajoute que « la loi détermine le nombre et la » circonscription des paroisses, *les formes et les conditions* de » l'élection des curés et des vicaires, etc. » Le Grand Conseil avait donc certainement la compétence nécessaire pour fixer les formes et conditions de cette élection ; c'est en faisant usage de ce droit que le Grand Conseil a voté la loi organique du 27 Août 1873, et notamment l'art. 10 concernant l'élection des ecclésiastiques catholiques. C'est cet article qui renferme la disposition que les recourants critiquent ; or cet article a été voté en 1873 sans contestation et accepté pendant plus d'un an sans soulever aucune objection constitutionnelle. Aucune objection semblable n'a eu lieu, en outre, contre cette disposition lors de la discussion de la loi de 1880, et le Conseil d'Etat qui pouvait, en usant de son droit de veto, suspendre pendant 6 mois l'exécution de la dite loi, a décidé sans qu'aucune opposition ait été faite dans son sein, qu'elle serait promulguée pour être exécutée immédiatement. Enfin la loi de 1880 n'a point été attaquée par la voie du referendum, dans le délai légal de 30 jours. D'ailleurs on ne voit pas comment l'art. 1er de la loi constitutionnelle, qui exige que l'élection soit faite par les électeurs inscrits, pourrait être violé par une disposition exigeant un quorum d'un quart, et non violé par une élection comprenant un ou deux électeurs seulement.

Le principe du quorum n'est d'ailleurs pas étranger à la législation genevoise, ainsi que le prétendent les recourants. Il se trouve appliqué dans plusieurs lois et règlements sur diverses matières.

Dans leur réplique, les recourants persistent dans leurs conclusions ; ils tirent un argument nouveau de l'art. 3 de la loi constitutionnelle de 1873, qui fait une obligation à l'Etat de répartir les catholiques du Canton en paroisses et de fixer le nombre de ces paroisses. Or la constitution exige que chaque paroisse soit desservie, et qu'elle le soit par un

curé. Le Grand Conseil peut évidemment modifier à son gré le nombre des paroisses, mais il n'a pas le droit de supprimer par une voie détournée le droit des citoyens de nommer un curé dans chacune des paroisses constituées.

Dans sa duplique, l'Etat de Genève conclut de plus fort au rejet du recours. Il s'attache à établir, tout en se référant à sa réponse que le Grand Conseil de 1880, comme celui de 1873 était compétent pour établir un quorum, et qu'il n'a été par là porté aucune atteinte aux droits constitutionnels des recourants.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

Sur le grief du recours consistant à dire que la loi du 17 Janvier 1880 viole le principe de l'égalité devant la loi garanti aux art. 4 de la Constitution fédérale et 2 de la Constitution genevoise :

1° Il y a lieu de remarquer dès l'abord que les recourants ne se plaignent point d'être soumis à un traitement autre que celui réservé aux autres catholiques du Canton ; la loi de 1873, remise en vigueur en 1880, n'établit en effet aucune différence à cet égard.

Regnier et consorts estiment que la loi organisant le culte catholique devait, à peine de violer le principe constitutionnel de l'égalité des citoyens, soumettre les catholiques genevois, en matière d'élection des ecclésiastiques, aux mêmes règles que celles posées par la loi sur l'organisation du culte protestant.

La question soulevée est donc celle de savoir si le législateur a le droit d'édicter, pour les élections dans les paroisses catholiques des dispositions autres que celles en vigueur dans les paroisses protestantes, ou si au contraire il doit être tenu d'appliquer en cette matière des règles identiques aux deux confessions simultanément.

2° La jurisprudence constante des autorités fédérales a admis que l'égalité devant la loi ne devait pas s'entendre d'une manière absolue, mais dans ce sens seulement que les citoyens appartenant à la même catégorie, dans les mêmes circonstances de fait, doivent être traités d'une manière iden-

tique (voir Blumer-Morel I, 285 et suiv.), et qu'un traitement différent de diverses catégories de citoyens n'est inadmissible que lorsqu'il apparaît comme un acte arbitraire, faisant acception des personnes, et ne trouvant pas sa justification dans la nature même et les exigences des rapports que la loi est appelée à régler. (Voir arrêt du Trib. féd. en la cause Jäggi c. Soleure, 2 Avril 1880, pag. 171 et suiv.) Or la loi dont est recours soumet au quorum tous les catholiques genevois indistinctement pour toutes les élections de curés et vicaires dans chaque paroisse.

La Constitution de Genève, du 24 Mai 1847, déterminant spécialement ce qui concerne l'organisation des cultes, traitait déjà les deux confessions d'une manière inégale, puisqu'à teneur de ses dispositions, les pasteurs protestants sont nommés par les paroisses, et les curés et vicaires sur présentations de l'évêque agréées par le Conseil d'Etat.

Depuis lors, chacune de ces confessions a toujours été régie par sa législation propre, ainsi que c'est le cas dans la plupart des autres Cantons mixtes.

On ne peut voir ainsi, dans les différences d'organisation que le législateur genevois a introduites ou maintenues entre les deux confessions, ni une violation du principe de l'égalité des citoyens devant la loi, ni, en particulier, un acte arbitraire que ne justifieraient pas les traditions et la hiérarchie propres à chaque confession, ainsi que l'antagonisme même qui sépare actuellement leurs adhérents.

3° L'institution du quorum, considérée en elle-même, ne va point à l'encontre du principe d'égalité invoqué par les recourants. Des dispositions analogues se retrouvent dans plusieurs autres constitutions cantonales, sans que l'Assemblée fédérale ait jamais cru devoir leur refuser sa sanction de ce chef. (Voir Const. de Bâle-Campagne, du 6 Mars 1863, art. 88; id. de Lucerne, ratifiée les 1/2 Juillet 1875, art. 31.)

4° Les autres griefs articulés contre la loi du 17 Janvier 1880, consistent à dire :

a) Que la Constitution de Genève admet le dit quorum dans un seul cas exceptionnel, à savoir lors de l'élection du Con-

seil d'Etat ; que dès lors l'introduction de cette institution dans un autre domaine est inconstitutionnelle ;

b) Que le quorum est incompatible avec les dispositions des art. 1er et 3 précités de la loi constitutionnelle de 1873;

c) Qu'il ne peut se concilier avec l'art. 3 de la loi constitutionnelle de 1868.

Ces reproches sont dénués de fondement. En effet :

ad a) La Constitution de 1847 ne contient, il est vrai, aucune disposition relative au quorum, sauf ce qui a trait à l'élection du Conseil d'Etat ; mais elle n'admet pas l'élection des curés et vicaires par les paroisses. On ne peut donc conclure de ce silence qu'elle ait voulu interdire l'application du quorum à un mode de nomination qu'elle ne connaît pas.

ad b) La loi constitutionnelle de 1873 institue à son art. 1er la nomination des ecclésiastiques catholiques par les paroisses, soit par les « citoyens catholiques inscrits sur les rôles » des électeurs cantonaux, » mais sans rien spécifier sur le mode de l'élection. Or l'introduction du quorum n'enlève à aucun de ces citoyens le droit de participer à cette élection, et ne porte ainsi pas atteinte au droit constitutionnel contenu à l'art. 1er susvisé.

L'art. 3 de la loi constitutionnelle de 1873 renvoie d'ailleurs à la loi la détermination des « formes et conditions de » l'élection des curés et des vicaires, » et le Grand Conseil, en adoptant la loi organique du 17 Août même année, et le quorum qu'elle prévoit à son art. 10, a interprété lui-même l'art. 3 dans ce sens que le dit quorum doit être compris au nombre de ces conditions d'élection, dont la détermination a été réservée au législateur. En rétablissant le quorum, la loi de 1880 n'a donc pas violé l'art. 3 susvisé.

ad c) L'art. 3 de la loi constitutionnelle de 1868 stipulant que l'entretien des cultes des deux confessions reste à la charge de l'Etat, se borne à garantir une prestation financière, et ne peut être touché en aucune manière par une disposition n'ayant trait, comme c'est le cas du quorum, qu'à une forme de l'élection des ministres d'un culte.

5° Il n'y a pas lieu de s'arrêter à l'argument portant que

la loi de 1880, en supprimant indirectement le droit des citoyens de nommer un curé dans chacune des paroisses constituées, vient se heurter contre l'art. 3 déjà cité de la loi constitutionnelle de 1873, obligeant l'Etat à répartir les catholiques du Canton en paroisses.

La loi de 1880 n'a pas pour but d'entraver l'élection des curés et vicaires ; elle n'a fait que la subordonner à la participation d'un certain nombre d'électeurs au vote. Si une élection ne peut aboutir par le fait du défaut du quorum requis, ce résultat négatif, ainsi que la vacance de cure qui en est temporairement la suite, ne peuvent être attribués qu'à l'abstention des électeurs eux-mêmes et non à une défectuosité de la loi.

6° Le Tribunal fédéral n'a, enfin, pas à aborder l'examen de l'argument nouveau invoqué par la minorité du Conseil d'Etat, et tiré d'une prétendue violation de l'art. 49 § 4 de la Constitution fédérale. Cet examen rentre, en effet, aux termes de l'art. 59 chiffre 6 de la loi sur l'organisation judiciaire, dans la compétence exclusive soit du Conseil fédéral, soit de l'Assemblée fédérale.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est écarté comme mal fondé.

II. Doppelbesteuerung. — Double imposition.

59. Urtheil vom 2. Juli 1880 in Sachen Hauser.

A. Die Gebrüder Hauser, Besitzer des Bades Weißenburg, Kantons Bern, schulden seit dem Monate Februar 1878 dem Bankinstitute Leu und Komp. in Zürich ein Kapital von 420 000 Fr., welches auf ihren Liegenschaften in Weißenburg grundversichert ist; diese hypothekarische Verhaftung ist in den

Grundbüchern der Gemeinden Därstetten und Oberwyl gehörig eingetragen. Für das Jahr 1878 bezahlten nun die Gebrüder Hauser dem Staate Bern die Vermögenssteuer von ihren in Weißenburg gelegenen Liegenschaften, ohne dabei die Schuld von 420 000 Fr. in Berechnung zu bringen. Im Jahre 1879 dagegen wandten sie sich an den Regierungsrath des Kantons Bern mit dem Gesuche, es möchte ihnen gestattet werden, für die Berechnung der Grundsteuer das bei dem Bankhause Leu und Komp. in Zürich aufgenommene Darlehen im Nominalbetrage von 420 000 Fr. als Hypothekarschuld von der Grundsteuerschatzung ihrer Liegenschaften in Abzug zu bringen und es sei die wegen Nichtabzugsberechtigung des fraglichen Kapitals von den Petenten für 1878 zu viel bezahlte Steuer zurückzuerstatten. Sie stützten sich dabei darauf, daß, wenn ihnen der Abzug der betreffenden Schuld nicht gestattet werde, eine bundesrechtlich unzulässige Doppelbesteuerung eintrete, da das gläubigerische Bankinstitut, weil es die Steuer für die betreffende Forderung am Domizil der Bank, in Zürich, selbst versteuern müsse, ihnen jedenfalls nicht gestatte, die Steuer vom Kapitalzins in Abrechnung zu bringen, so daß das nämliche Kapital in zwei verschiedenen Kantonen der Besteuerung unterworfen würde, sowie darauf, daß nach bundesgerichtlichen Präjudizien dem Kanton Zürich das bessere Recht zur Besteuerung dieses Vermögensobjektes zustehe. Durch Entscheid vom 26. November 1879 wies indeß der Regierungsrath des Kantons Bern dieses Gesuch ab, indem er sich im Wesentlichen darauf stützte: Das bernische Gesetz vom 15. März 1856 mache eine genaue Unterscheidung zwischen Grundsteuer und Kapitalsteuer; im vorliegenden Falle werden nun die Rekurrenten im Kanton Bern nicht für ein bewegliches Kapital, sondern für ihr daselbst gelegenes Grundeigenthum besteuert, so daß das Steuerobjekt mit dem im Kanton Zürich der Besteuerung unterworfenen gar nicht identisch sei; wenn § 45 des angeführten Gesetzes, welcher dem schuldnerischen Grundeigenthümer, auf dessen Liegenschaften eine steuerbare, grundversicherte Forderung haftet, deren Gläubiger außerhalb des alten Kantonstheils wohnt, zwar zur Bezahlung der Steuer für den betreffenden Kapitalbetrag verpflichtet, ihm aber das

Recht einräumt, die Steuer am Kapitalzinse in Abzug zu bringen, durch die Bundesrechtspraxis allerdings außer Wirksamkeit gesetzt sei, so werde dadurch doch das Besteuerungsrecht des Kantons nicht berührt, vielmehr sei bloß das Rückforderungsrecht des betreffenden Schuldners gegenüber dem Gläubiger aufgehoben worden, denn es müsse der kantonalen Gesetzgebung anheimgestellt bleiben, inwiefern sie hinsichtlich der Besteuerung von Grund und Boden den Schuldenabzug gestatten wolle und die bernische Gesetzgebung erkläre eben den Schuldenabzug in Bezug auf Schulden, deren Gläubiger nicht im alten Kantonstheil wohnen, als unstatthaft.

B. Gegen diesen Entscheid ergriffen die Gebrüder Hauser den Rekurs an das Bundesgericht; in ihrer Rekursschrift stellen sie, indem sie mit Berufung auf die bundesgerichtlichen Entscheidungen in Sachen Stadlin (amtl. Sammlung IV S. 526) und Bucher und Durrer (amtl. Sammlung IV S. 338) ausführen, daß nach der bernischen Gesetzgebung die Grundsteuer nur vom Reinwerthe des Grundeigenthums nach Abzug der hypothekarischen Schulden erhoben werde, daß daher die ihnen für den Betrag der Hypothekarschuld von 420 000 Fr. auferlegte Steuer allerdings eine Kapitalsteuer und nicht eine Grundsteuer sei und in Bezug auf dieses Kapital dem Kanton Zürich und nicht dem Kanton Bern das Besteuerungsrecht zustehe, die Anträge:

1. Die Rekurrenten seien in Aufhebung des regierungsräthlichen Erkenntnisses vom 26. November 1879 berechtigt zu erklären, das der Bank Leu und Komp. in Zürich geschuldete Kapital von 420 000 Fr. vom Grundeigenthumskapitale der Weißenburger Liegenschaften bei Berechnung der Staatssteuer in Abzug zu bringen.

2. Es sei ihnen demgemäß der bei der vorjährigen Steuererhebung irrigerweise zu viel bezahlte Betrag von 1050 Fr. zurückzuerstatten,

unter Kostenfolge.

C. In seiner Vernehmlassung trägt der Regierungsrath des Kantons Bern darauf an:

1. Es möchte das Bundesgericht auf den ersten Antrag dermalen und auf den zweiten überhaupt nicht eintreten, sondern

die Beschwerdeführer in letzterer Beziehung an die kantonalen Behörden weisen, eventuell:

2. Es seien die Beschwerdeführer mit ihren Anträgen abzuweisen,

unter Kostenfolge.

Zur Begründung wird ausgeführt: Es sei in erster Linie gar nicht nachgewiesen, daß ein Steuerkonflikt im Sinne des Art. 45 der Bundesverfassung vorliege. Dazu gehöre entweder, daß eine Kantonsregierung auf Besteuerung eines Vermögensobjektes Anspruch erhebe, welches schon in einem andern Kanton zur Steuer herbeigezogen worden sei, oder aber der Nachweis des Pflichtigen, daß er der Steuerpflicht, deren Erfüllung der Kanton verlange, in einem andern Kanton bereits Genüge geleistet habe. Weder das Eine noch das Andere liege hier vor, sondern lediglich die vage Behauptung der Rekurrenten, daß ihr Gläubiger ihnen den Abzug der Steuer vom Kapitalzins nicht gestatten werde. Schon aus diesem Grunde sei also auf den ersten Beschwerdeantrag nicht einzutreten, eventuell derselbe abzuweisen. In Bezug auf den zweiten Beschwerdeantrag komme hiezu noch, daß die Frage, ob der Pflichtige eine bereits bezahlte Steuer aus irgend welchem Rechtsgrunde zurückfordern könne, offenbar nicht durch das Bundesgericht, sondern lediglich durch die kantonalen Behörden zu entscheiden sei. Was die Hauptfrage anbelange, so sei nicht zu läugnen, daß der gegenwärtige Streit eine gewisse Aehnlichkeit mit dem durch das bundesgerichtliche Urtheil in Sachen Stadlin entschiedenen darbiete. Allein bei näherer Prüfung müsse man zu der Ueberzeugung gelangen, daß im letztern Falle die bernische Gesetzgebung eine unrichtige Auslegung erfahren habe. Es sei nämlich unrichtig, wie die erwähnte Entscheidung es thue, der Kapital- oder Vermögenssteuer die Grundsteuer gegenüberzustellen. Diese Unterscheidung möge für andere Kantone zutreffen, für die bernische Steuergesetzgebung sei sie entschieden unrichtig. Die bernische Steuergesetzgebung kenne zwei Hauptarten direkter Steuern, die Einkommenssteuer und die Vermögenssteuer, welche von dem Grundeigenthum und von den Kapitalien erhoben werde. (§ 1 des Gesetzes vom 15. März 1856.) Wenn nun auch der Gesetzgeber diese beiden letzten Steuerarten neben-

einander gestellt habe, um sie in ein richtiges Verhältniß zu bringen, so habe doch sein Hauptbestreben dahin gerichtet sein müssen, in erster Linie das Grundeigenthum, welches allein unter allen Umständen der Staatshoheit unterworfen bleibe, zur Steuer heranzuziehen. Dies ergebe sich aus Art. 2 und 37 des Gesetzes, wonach alles im Bereiche des Gesetzes gelegene Grundeigenthum nach seinem Kapitalwerthe steuerpflichtig sei und die Steuer von dem Grundeigenthume auf dem Eigenthümer laste. Lediglich um den verschuldeten Grundbesitz zu erleichtern und um die Steuer nicht doppelt aufzulegen, habe der Gesetzgeber (§ 37 leg. cit.) dem Grundsteuerpflichtigen den Schuldenabzug in Bezug auf hypothekarisch versicherte versteuerbare Kapitalien oder Renten, welche er selbst zu verzinsen oder zu bezahlen habe, gestattet und in § 45 die Spezialbestimmung darüber, wie es gegenüber auswärtigen Gläubigern mit Bezug auf den Schuldenabzug zu halten sei, getroffen. Wenn nun auch, wie zugegeben werde, letztere Bestimmung, welche zu Gunsten des verschuldeten Grundbesitzers an dessen Stelle die auswärts wohnenden Gläubiger zur Steuer herbeiziehen wolle, im interkantonalen Gebiete infolge des Verbotes der Doppelbesteuerung nicht mehr anwendbar sei, so folge hieraus doch keineswegs die Befreiung des Schuldners von der Steuerpflicht, vielmehr müsse infolge dessen eben einfach die Regel Platz greifen, daß die Steuer vom Grundeigenthum auf dem Eigenthümer hafte, sofern ihm nicht der Abzug der versteuerbaren Kapitalien zu statten komme. Die Steuerhoheit des Staates habe durch den Wegfall der lediglich zu Gunsten des Grundeigenthümers eingeführten Bestimmung des § 45 cit. keine Schmälerung erleiden können, sondern die daherige Rechtsfolge müsse den Grundeigenthümer treffen.

D. Der Regierungsrath des Kantons Zürich, welchem die Akten zur Einreichung allfälliger Bemerkungen mitgetheilt wurden, bemerkte vermittelst Eingabe vom 20. März 1880, daß das Bankinstitut Leu und Komp., gestützt auf § 2ª des zürcherischen Gesetzes betreffend die Vermögens-, Einkommens- und Aktivbürgersteuer vom 2. März 1870, wonach der Vermögenssteuer das in und außer dem Kanton befindliche Gut eines im Kanton wohnenden Bürgers oder einer im Kanton bestehenden Korporation

unterworfen sei, im Kanton Zürich mit seinem Gesammtvermögen besteuert sei und daß in diesem Steuerkapital auch die auf Grundeigenthum außer dem Kanton versicherten Guthaben der Gesellschaft inbegriffen seien.

E. Seitens der Rekurrenten wurde replicando wesentlich bemerkt: Durch die Erklärung der Regierung des Kantons Zürich sei außer Zweifel gestellt, daß das Bankinstitut Leu und Komp. für die fragliche Forderung im Kanton Zürich besteuert werde, und sich daher den Abzug der bernischen Steuer von dem Kapitalzinse, als eine verfassungswidrige Doppelbesteuerung, nicht gefallen zu lassen brauche; eventuell werde die Einholung einer sachbezüglichen Erklärung desselben beantragt. Aus den Bestimmungen der §§ 37, 38, 39, 43, 44, 45, 49, 52 und 53 des bernischen Gesetzes über die Vermögenssteuer ergebe sich zur Evidenz, daß der Grundeigenthümer die Grundsteuer nur von dem Reinwerthe seiner Liegenschaften zu entrichten habe, während hinsichtlich der auf denselben versicherten Kapitalien, deren Verzinsung oder Bezahlung ihm obliege, der Gläubiger die Kapitalsteuer zu entrichten habe; habe letzterer sein Domizil auswärts, so müsse allerdings der Grundeigenthümer für ihn einstehen, aber er bezahle auch dann keine Grundsteuer, sondern vorschußweise an Stelle des Gläubigers die Kapitalsteuer, woraus dann von selbst folge, daß er nicht besteuert werden könne, sofern die Besteuerung des Gläubigers bundesrechtlich unzulässig sei, beziehungsweise letzterer nach Bundesrecht sich den Abzug der Steuer am Zinse nicht gefallen zu lassen brauche. Daß die Absicht des Gesetzgebers wirklich dahin gegangen sei, den Gläubiger und nicht den Grundeigenthümer zu besteuern, ergebe sich auch unzweideutig daraus, daß in §§ 45 i. f. und 49 cit. alle zuwiderlaufenden Vereinbarungen als rechtlich unverbindlich erklärt worden seien.

Dagegen hält die Regierung des Kantons Bern duplicando daran fest, daß die den Rekurrenten bernischerseits auferlegte Steuer eine Grundsteuer sei, da, wie aus §§ 2, 37 und 39 des Gesetzes sich ergebe, das Grundeigenthum seinem vollen Kapitalwerthe nach steuerpflichtig und für die daherige Steuer der Grundeigenthümer haftbar sei; das Recht des Schuldenabzuges

gelte nur für steuerbare, d. h. von der staatlichen Steuerhoheit direkt erreichbare Kapitalien. Das in § 45 cit. statuirte Recht der Rückforderung der Steuer gegen auswärts wohnende Gläubiger, in Bezug auf deren Forderungen der Schuldenabzug nicht stattfinde, hange mit dem Wesen der Grundsteuer gar nicht zusammen und ändere an der Natur der Steuer nichts. Wenn aber die den Rekurrenten auferlegte Steuer eine Grundsteuer sei, so könne von einer Doppelbesteuerung nicht gesprochen werden, da im Kanton Bern das Grundeigenthum der Rekurrenten, im Kanton Zürich dagegen die Forderung des Bankinstitutes Leu und Komp., also ein ganz anderes Objekt, besteuert werde.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Aus der von der Regierung des Kantons Zürich abgegebenen Erklärung, welche den Bestimmungen der zürcherischen Steuergesetzgebung vollkommen entspricht, ergibt sich, daß der Kanton Zürich die Steuerberechtigung in Bezug auf das Guthaben des Bankinstitutes Leu und Komp., welches auf den im Kanton Bern gelegenen Liegenschaften der Rekurrenten grundpfändlich versichert ist, gemäß seiner Gesetzgebung für sich in Anspruch nimmt. Insofern also die vom Kanton Bern, gestützt auf das bernische Vermögenssteuergesetz, geforderte Steuer ebenfalls dieses Guthaben, also das nämliche Vermögensobjekt, betrifft, so liegt ein Konflikt zwischen den Steuergesetzgebungen verschiedener Kantone und somit ein Fall verfassungswidriger Doppelbesteuerung allerdings vor. Denn, wie das Bundesgericht bereits mehrfach ausgesprochen hat, ist zur Begründung einer Beschwerde wegen Doppelbesteuerung keineswegs der Nachweis erforderlich, daß mehrere Kantone ein Steuerrecht in Beziehung auf ein und dasselbe Vermögensobjekt wirklich ausüben, sondern es genügt, wenn dargethan ist, daß sie, gemäß ihrer Gesetzgebung, die Berechtigung zur Steuererhebung für sich in Anspruch nehmen.

2. Fragt es sich demnach in erster Linie, ob der Kanton Bern die bestrittene Steuer von dem in Frage stehenden hypothekarischen Guthaben oder aber von dem belasteten Grundeigenthume fordere, so muß auf Grund erneuerter Prüfung daran festgehalten werden, daß, wie bereits in dem hierseitigen Entscheide

i. S. Stadlin (amtl. Sammlung IV S. 526) ausgeführt ist, diese Frage im erstern Sinne zu beantworten sei. Denn:

a. Das bernische Gesetz über die Vermögenssteuer vom 15. März 1856 unterwirft der Vermögenssteuer einerseits alles im Gebiete des Gesetzes gelegene Grundeigenthum nach seinem Kapitalwerthe (§§ 1 und 2 des Gesetzes), andererseits alle auf steuerbares Grundeigenthum versicherten, verzinslichen Kapitalien. (§ 43 leg. cit.) Die Vermögenssteuer vom Grundeigenthum (Grundsteuer) hat der Grundeigenthümer, die Vermögenssteuer von den auf Grundeigenthum versicherten, verzinslichen Kapitalien (Kapitalsteuer) der Gläubiger zu entrichten. (§§ 37 und 44 des Gesetzes.) Dabei ist dem Grundeigenthümer regelmäßig das Recht eingeräumt, die auf seinem Eigenthum haftenden steuerbaren Kapitalien, die er selbst zu verzinsen oder zu bezahlen hat, von der Grundsteuerschatzungssumme in Abrechnung zu bringen. (§ 37 leg. cit.) Wohnt der Gläubiger außerhalb des Geltungsgebietes des Gesetzes und ist letzterem also nicht direkt unterworfen, so ist, wie § 45 leg. cit. wörtlich bestimmt: „Die entsprechende Steuerquote (Kapitalsteuer) durch den Grundeigenthümer zu bezahlen und wird als Vorschuß für den Gläubiger angesehen; der Schuldner hat demnach das Recht, dem Gläubiger bei der Entrichtung der Zinsen oder der Renten den beziehenden Betrag in Abzug zu bringen." Eine gegentheilige Stipulation wird als rechtlich unverbindlich erklärt (§ 45 cit.), wie überhaupt (§ 47 leg. cit.) alle Verabredungen und Stipulationen, wodurch die Steuerpflicht von Kapitalien auf den Schuldner übertragen wird, rechtlich unverbindlich sind. Dem bernischen Gesetze liegt also im Wesentlichen unverkennbar das Prinzip zu Grunde, daß die Grundsteuer nicht von dem vollen Schatzungswerthe der Liegenschaft zu erheben ist, sondern von dem Schatzungswerthe, der sich nach Abzug der Hypothekarschulden des Grundeigenthümers ergibt, d. h. daß der Grundeigenthümer regelmäßig nur in so weit steuerpflichtig ist, als die Liegenschaft für ihn aktives Vermögen repräsentirt, während für denjenigen Werth, der durch die Hypothekarschulden erschöpft ist, nicht von dem Grundsteuerpflichtigen die Grundsteuer, sondern vom Gläubiger der betreffenden Forderung die Kapitalsteuer er-

hoben wird. Auch bei Forderungen, deren Gläubiger außerhalb des Geltungsgebietes des Gesetzes wohnen, ist dieses Prinzip festgehalten. Denn, wenn auch in diesem Falle der Grundeigenthümer zunächst die betreffende Steuerquote zu entrichten hat, so hat er dieselbe doch bloß vorschußweise, als Vertreter des Gläubigers und auf dessen Rechnung, bezw. aus dessen Vermögen zu entrichten. Nicht der Grundeigenthümer, sondern der Gläubiger erscheint also auch hier als das eigentliche steuerpflichtige Subjekt und nicht das Grundstück, sondern das Vermögen bezw. das grundversicherte Kapital des Gläubigers als das der Besteuerung unterworfene Objekt. Die gesetzliche Vorschrift, daß der Grundeigenthümer den auswärtigen Gläubiger in der Steuerentrichtung vertreten müsse, erscheint als eine lediglich im Interesse der Erleichterung und Sicherung des Steuerbezuges getroffene Ausführungsvorschrift, welche an der Natur der Steuer nichts ändert, wie denn auch das Gesetz die vom Grundeigenthümer vorschußweise für den Gläubiger zu entrichtende Steuerquote ganz ausdrücklich als Kapitalsteuer bezeichnet.

b. Wenn die Regierung von Bern sich dem gegenüber darauf beruft, daß nach § 2 des Gesetzes das Grundeigenthum nach seinem Kapitalwerthe grundsteuerpflichtig sei und daß nach § 37 ferner für die auf dem Grundeigenthum ruhende Steuer der Grundeigenthümer hafte, soweit nicht das Gesetz den Schuldenabzug gestatte, was bei Forderungen auswärtiger Gläubiger nicht zutreffe, so ist darauf zu erwidern: Das erwähnte Prinzip des Art. 2 des Gesetzes bestimmt lediglich im Allgemeinen die Art und Weise der Auflage der Grundsteuer, bezw. daß dieselbe auf den Kapitalwerth des Grundeigenthums nicht auf dessen Ertrag zu legen sei, während es seine nähere Präzisirung und Durchführung in den übrigen Bestimmungen des Gesetzes findet. Aus der angerufenen Bestimmung des § 37 cit. sodann kann für die vorliegende Frage offenbar überall nichts gefolgert werden, denn dieselbe schreibt lediglich vor, daß für die Grundsteuer der Eigenthümer (nicht der bloße Inhaber oder dinglich Berechtigte) hafte, während vorliegend gar nicht in Frage steht, wer die Grundsteuer zu bezahlen habe, sondern ob es sich überhaupt

um eine Grundsteuer und nicht vielmehr um eine Kapitalsteuer handle, auf welche Frage die angeführte Bestimmung offensichtlich gar keine Antwort gibt.

c. Es ist somit unrichtig, wenn die Regierung von Bern ausführt, daß, sofern die Herbeiziehung der auswärts wohnenden Gläubiger zur Steuer infolge der bundesrechtlichen Vorschriften unmöglich geworden sei, dadurch nicht die Steuerberechtigung des bernischen Staates gegenüber dem Grundeigenthümer, sondern lediglich das Rückforderungsrecht des letztern gegenüber dem Gläubiger berührt werde. Vielmehr ergibt sich von selbst, daß, sofern infolge des bundesrechtlichen Verbotes der Doppelbesteuerung der Kanton Bern den Gläubiger für die grundversicherte Forderung nicht besteuern darf, er die Steuer dafür auch nicht von dem Grundeigenthümer, der nach der bernischen Gesetzgebung lediglich den Gläubiger in der Steuerentrichtung vertritt, bezw. die Steuer nicht für sich, sondern für den Gläubiger zu bezahlen hat, erheben darf.

3. Wenn sonach hergestellt ist, daß vorliegend im Kanton Bern und im Kanton Zürich ein und dasselbe Vermögensobjekt, nämlich das Guthaben des Bankinstitutes Leu und Komp. zur Steuer herangezogen werden will, so muß es sich fragen, welchem Kanton das bessere Recht zur Besteuerung dieser Forderung zustehe. In dieser Beziehung ist nun von der Regierung von Bern selbst zugegeben, daß der Kanton Zürich das bessere Recht zur Besteuerung dieser Forderung besitze und es kann dies auch nach der feststehenden bundesrechtlichen Praxis, wonach Forderungen, auch wenn sie auf Liegenschaften versichert sind, zum beweglichen Gute des Gläubigers gerechnet werden, welches an dessen Wohnorte zu versteuern ist, nicht zweifelhaft sein. (Vergl. Entsch. Amtl. Samml. IV S. 338 Erw. 2.)

4. Demnach muß der Rekurs, soweit er das erste Rekursbegehren anbelangt, gutgeheißen werden. Dagegen kann auf das zweite, auf Rückerstattung des für 1878 zu viel bezahlten Steuerbetreffnisses gerichtete Rekursbegehren nicht eingetreten werden. Denn es handelt sich bei Beurtheilung der Frage, inwiefern eine Rückforderung bereits bezahlter Steuern wegen Nichtschuld statthaft sei, um die Anwendung kantonalrechtlicher Grundsätze

über die Statthaftigkeit der Rückforderung einer bezahlten Nichtschuld und keineswegs um die prinzipielle Frage der Doppelbesteuerung. Das Bundesgericht als Staatsgerichtshof ist somit zur Beurtheilung einer Klage auf Rückerstattung einer bereits bezahlten Steuer nicht kompetent, sondern es muß dieselbe bei den zuständigen kantonalen Behörden angebracht werden. (Entsch. Amtl. Samml. I S. 48 Erw. 3.)

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird, soweit es das erste Rekursbegehren anbelangt, als begründet erklärt und demnach der Entscheid des Regierungsrathes des Kantons Bern vom 26. November 1879 insoweit aufgehoben. Auf das zweite Rechtsbegehren der Rekursschrift wird wegen Inkompetenz des Gerichtes nicht eingetreten.

III. Anstände aus dem Privatrechte, welche aus Bildung oder Trennung von Religionsgenossenschaften entstehen.

Contestations de droit privé auxquelles donne lieu la création de communautés religieuses ou une scission de communautés religieuses existantes.

60. Urtheil vom 17. Juli 1880 in Sachen Wegenstetten-Hellikon.

A. Die beiden politischen Gemeinden Wegenstetten und Hellikon bilden zusammen eine katholische Kirchgemeinde mit der Pfarrkirche und dem Pfarrsitze in Wegenstetten. Im Frühjahr 1878 bildete sich sowohl in Hellikon als in Wegenstetten ein Verein freisinniger Katholiken (Christkatholiken), welchem eine Anzahl Pfarrgenossen der Kirchgemeinde Wegenstetten-Hellikon beitrat, der indessen immerhin nicht die Mehrheit der stimmbe-

rechtigten Kirchgemeindegenossen in sich vereinigte. Nach ihrer Konstituirung gelangten beide Vereine an den Regierungsrath des Kantons Aargau mit dem Gesuche um die staatliche Anerkennung und um die Gestattung der Mitbenutzung der Pfarrkirche mit den zum Gottesdienste erforderlichen Kirchenparamenten. Durch gleichlautende Schlußnahmen vom 12. April 1878 und 10. Mai gl. J. erledigte der Regierungsrath des Kantons Aargau diese Gesuche dahin: Es sei dem freisinnigen Katholikenverein zu eröffnen:

1. Es stehe kein Hinderniß im Wege, daß er die Pfarrkirche in Wegenstetten an Sonn- und Festtagen benutze nebst den zum Gottesdienste erforderlichen Paramenten.

2. Für die ungeschmälerte Erhaltung und gehörige Instandhaltung der zu inventarisirenden Vermögens- und unbeweglichen Kirchensachen seien die Kirchenpflege und der Vorstand des Vereins für sich und ihre Kirchenbediensteten der Gemeindeverwaltung bis zur definitiven Regulirung dieses Verhältnisses verantwortlich.

3. Die beiden Genossenschaften der Kirchgemeinde seien zu verhalten, die gegenseitigen Verhältnisse und gottesdienstlichen Beziehungen beförderlich nach Recht und Billigkeit definitiv zu ordnen, wofür bei allfälligen Anständen der Entscheid der zuständigen Behörden vorbehalten bleibe.

4. Die Regulirung und Ausscheidung der vermögensrechtlichen Verhältnisse des Kirchen- und Pfrundvermögens der Kirchgemeinde bleiben ebenfalls nach Maßgabe der Bundesverfassung und der kantonalen Gesetzgebung vorbehalten.

5. Das Bezirksamt hat bei stattfindenden Verhandlungen seine Mitwirkung zu gewähren.

B. Eine vom Bezirksamte auf 23. Mai 1878 angeordnete Konferenz zwischen der Kirchenpflege Wegenstetten-Hellikon und den Vorständen der beiden Vereine freisinniger Katholiken blieb indeß erfolglos, da die Kirchenpflege vor allem aus schriftliche Vorlage der anderseitig gestellten Begehren verlangte und überdem erklärte, daß sie diese der Kirchgemeindeversammlung, welche in Sachen allein kompetent sei, vorlegen müsse, worauf die Vereinsvorstände, da die Regierung bereits entschieden habe, nicht eintreten wollten. Hierauf wurde vom Regierungsrathe die Voll-

ziehung seines Beschlusses angeordnet und es fand am 14. Juli 1878 der erste Gottesdienst der freisinnigen Katholiken in der Kirche zu Wegenstetten statt.

C. Nachdem hierauf die Kirchgemeindeversammlung unter Gutheißung der bisherigen Vorkehren der Kirchenpflege letztere beauftragt hatte, dahin zu wirken, daß die Schlußnahme der Regierung betreffend Mitbenutzung der Kirche sistirt werde bis zu dem Zeitpunkte, wo die Verhältnisse entweder durch die kantonale Gesetzgebung geordnet seien oder aber ein letztinstanzlicher Entscheid der kompetenten Behörden vorliege, wandte sich die Kirchenpflege mit einem sachbezüglichen Begehren an den Regierungsrath; letzterer hielt indeß durch Beschluß vom 31. Juli 1878 an seinen früheren Schlußnahmen fest. Anläßlich neuer Konflikte betreffend die Benutzung der Kirche durch die Christkatholiken beschloß der Regierungsrath im weitern am 31. Januar 1879: „Es sei die Kirchenpflege von Wegenstetten-Hellikon unter Androhung einer Ordnungsbuße aufzufordern:

1. Mit dem Vorstande des christkatholischen Vereins eine Vereinbarung über die gemeinsame Benutzung der Kirche dahin zu treffen, daß der Gottesdienst für die Römisch-Katholischen von 8 bis 10 Uhr und für die Christkatholischen von 10 bis 12 Uhr stattfinde.

2. Dem Vorstande des christkatholischen Vereins einen Schlüssel zur Kirche zu übergeben, damit dieselbe auch für alle übrigen religiösen Akte der Christkatholiken benutzt werden könne.

3. Gemeinsam mit dem erwähnten Vorstande ein Inventar über die gemeinsam zu benutzenden Kirchenparamente aufzunehmen."

D. Mit der Eröffnung des christkatholischen Gottesdienstes in der Kirche zu Wegenstetten hatten die römisch-katholischen Kirchgemeindegenossen, da ihnen der Simultangebrauch der Kirche neben den Christkatholiken durch spezielles Verbot ihrer Kirchenobern untersagt sei, dieselbe verlassen und hielten ihren Gottesdienst außerhalb derselben ab. Vermittelst Eingabe vom 30. August 1878 beschwerte sich sodann die Kirchenpflege von Wegenstetten-Hellikon beim Großen Rathe des Kantons Aargau über die angeführten Schlußnahmen des Regierungsrathes, indem sie die Anträge stellte:

1. Es seien die angefochtenen Schlußnahmen des Regierungsrathes, als nicht in seiner Befugniß liegend, aufzuheben, eventuell: es seien auf den Fall hin, daß die bezüglichen Regierungsschlußnahmen aufrecht erhalten werden sollten, dieselben jedenfalls zu sistiren, bis diese Angelegenheit durch ein zu erlassendes Gesetz im Sinne des § 50 der Bundesverfassung geordnet, mithin auch das Gesetz vom 23. Juni 1868 revidirt sein wird.

2. Wolle der Große Rath diese Angelegenheit schon im Laufe der am 2. September nächsthin beginnenden Sitzung an die Hand nehmen.

Nachdem der Große Rath die Beschwerde am 2. September 1878 dem Regierungsrathe zur Berichterstattung überwiesen, letzterer am 26. Februar 1879 seinen Bericht erstattet und das Geschäft am 13. Mai 1879 an die Kommission des Großen Rathes gelangt war, trat der Große Rath am 20. November 1879 auf dessen Behandlung ein. Wesentlich im Anschluß an die Anträge der Minderheit seiner Kommission beschloß der Große Rath: Es sei auf die Beschwerde bis zur Erledigung des regierungsräthlichen Berichtes über die Ordnung der Verhältnisse zwischen Staat und Religionsgenossenschaften durch den Großen Rath nicht einzutreten. Der Regierungsrath werde eingeladen, diesen Bericht mit entsprechenden Anträgen beförderlich dem Großen Rathe vorzulegen.

E. Gegen diesen Beschluß führte die Kirchenpflege Wegenstetten-Hellikon beim Bundesgerichte Beschwerde. In ihrer Beschwerdeschrift führt sie aus: Der Beschluß des Großen Rathes erscheine zwar der Form nach nicht als eine definitive Abweisung ihres Gesuches, allein seiner Wirkung nach sei derselbe einer definitiven Abweisung gleichzusetzen, da, wie der bisherige Gang der Behandlung dieses Geschäftes zeige, aller Grund vorliege, zu besorgen, daß dessen definitive Erledigung ad calendas græcas verschoben bleiben werde, wenn die Schlußnahme des Großen Rathes in Geltung bleibe, unterdessen aber die durch die regierungsräthlichen Schlußnahmen geschaffenen thatsächlichen Verhältnisse fortdauern; deshalb stehe der Kirchenpflege schon jetzt das Recht der Weiterziehung an die Bundesbehörden zu.

Materiell sodann verletzen die Schlußnahmen des Großen Rathes und des Regierungsrathes des Kantons Aargau sowohl das aargauische Gesetz über die Kirchgemeinden vom Januar 1869, wonach die Kirchenpflege diejenige Behörde sei, welche über die Benutzung der Kirche und die Gottesdienstordnung gültige Verfügungen treffen könne, keineswegs dagegen der Regierungsrath, sowie das Prinzip der Glaubens-, Gewissens- und Kultusfreiheit. (Art. 49 und 50 der Bundesverfassung.) Da nämlich durch Verbot ihrer Kirchenobern, dessen Befolgung für sie Gewissenspflicht sei, den römischen Katholiken der Simultangebrauch der Kirche neben den Christkatholiken untersagt sei, so werden dieselben in die Zwangslage versetzt, ihren Kultus außerhalb der Pfarrkirche abhalten zu müssen, worin eben eine Verletzung der Kultusfreiheit liege. Diese Momente können freilich, da nach den Gesetzen über die Organisation der Bundesrechtspflege das Bundesgericht nur über Verfassungsverletzungen, nicht dagegen über Verletzung kantonaler Gesetze zu urtheilen habe und Beschwerden wegen Verletzung des Prinzips der Glaubens- und Kultusfreiheit als Administrativsachen vom Bundesrathe zu beurtheilen seien, nicht direkt zur Begründung des gegenwärtigen Rekurses dienen; sie können indeß immerhin zur Unterstützung herangezogen werden. Derjenige Gesichtspunkt dagegen unter welchem der Schutz des Bundesgerichtes angerufen werden könne, sei der, daß hier ein Anstand aus dem Privatrecht, entstanden aus der Trennung der Religionsgenossenschaft vorliege. (Art. 50 Abs. 3 d. B.-Verf. Art. 59 Ziff. 6 des Gesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege.) Die Beschwerde sei gerichtet gegen das Mitbenutzungsrecht der Vereine freisinniger Katholiken an der Kirche und den Kirchengeräthschaften. Ein Anstand liege demnach unzweifelhaft vor und zwar ein solcher, welcher aus der Trennung der freisinnigen Katholiken von der bestehenden katholischen Genossenschaft entstanden sei. Derselbe betreffe im Fernern ein Verhältniß des Privatrechtes. Es stehe nämlich das Recht des Eigenthums und Besitzes, überhaupt das Verfügungsrecht am Lokalkirchenvermögen in Frage. Wie das Bundesgericht bereits in seiner Entscheidung in Sachen Sins c. Staat Aargau anerkannt habe (Entsch. Amtl. Slg. V

S. 355), sei nach aargauischem Rechte Subjekt des Lokalkirchenvermögens die Kirchgemeinde. Als Eigenthümerin stehe ihr bezw. ihren gesetzlichen Organen (Kirchenpflege und Kirchgemeindeversammlung) das Recht zu, durch Mehrheitsbeschluß über die Benützung des Kirchengebäudes u. s. w. zu verfügen und genieße sie nach allgemein gültigem Rechtssatze und nach Art. 19 der Staatsverfassung des Kantons Aargau den Schutz des Richters gegen Uebergriffe Dritter. Eine Dispositionsgewalt der Regierung über das Kirchengebäude und dessen beweglichen Inhalt gebe es nicht oder doch nur unter dem Gesichtspunkte einer staatlichen Oberaufsicht, falls die Eigenthümerin die Sphäre ihrer Befugnisse überschreiten wollte. Darin nun, daß die Regierung, entgegen der bestimmten Erklärung der gesetzlichen Organe der Kirchgemeinde, daß sie eine Mitbenutzung der Kirche durch die freisinnigen Katholiken ohne Verletzung einer Gewissenspflicht nicht gestatten können, dennoch den freisinnigen Katholiken das Mitbenutzungsrecht eingeräumt habe, liege eine flagrante Mißachtung des Eigenthums- und Verfügungsrechtes der Kirchgemeinde. Darin, daß dieser Anstand aus dem Privatrechte auf dem Wege des staatsrechtlichen Rekurses geltend gemacht werde, liege freilich etwas inadäquates, allein es folge die Zulässigkeit eines staatsrechtlichen Rekurses für solche Beschwerden aus Art. 50 Abs. 3 der Bundesverfassung und Art. 59 Ziffer 6 des Gesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege. Als Rechtsgegner werden demgemäß auch sowohl die Vereine der freisinnigen Katholiken von Wegenstetten und Hellikon als die Staatsbehörden des Kantons Aargau bezeichnet. Beantragt werde:

1. Das Bundesgericht wolle urtheilen, daß das Recht über die Benutzung der Kirche in Wegenstetten und die zugehörigen Geräthschaften gültig zu verfügen, ausschließlich der Kirchgemeinde Wegenstetten-Hellikon zustehe.

2. Demnach seien die Schlußnahmen der Regierung des Kantons Aargau vom 12. April 1878, 10. Mai 1878, 31. Januar 1879 und des Großen Rathes des Kantons Aargau vom 20. November 1879, soweit dieselben jenes Recht der Kirchgemeinde beeinträchtigen, kraftlos zu erklären.

3. Die Kosten dieses Streitfalles seien den Vereinen der frei-

sinnigen Katholiken von Wegenstetten und Hellikon zu überbinden.

F. In seiner Vernehmlassung beantragt der Regierungsrath des Kantons Aargau:

1. Es sei auf den Rekurs der Kirchenpflege Wegenstetten-Hellikon nicht einzutreten, eventuell sei derselbe abzuweisen.

2. Die Rekurrentin habe die Kosten dieses Verfahrens zu ersetzen und die Gerichtskosten zu tragen.

Zur Begründung bemerkt sie: Es sei vorab darauf hinzuweisen, daß formell der Rekurs nur als gegen die Schlußnahme des Großen Rathes vom 20. November 1879 gerichtet betrachtet werden könne; gegenüber den in Frage stehenden Regierungsbeschlüssen erscheine er als verspätet. Die Beschwerde präsentire sich nur der Form nach als staatsrechtlicher Rekurs, in der Sache aber sei sie dies nicht. Die Ausführungen der Rekurrentin, daß eine Verletzung der Glaubens- und Kultusfreiheit vorliege, seien, wie übrigens Rekurrentin selbst zugebe, für die Entscheidung der vorliegenden Beschwerde unerheblich und sachlich vollkommen unrichtig. Denn wenn ein päbstlicher Erlaß, der den Simultangebrauch der Kirche untersage, wirklich existiren sollte, so sei derselbe, da er das staatliche Placet nicht erhalten habe, unverbindlich und es könnte übrigens, auch abgesehen hievon, auf einen solchen Erlaß für die Frage, ob eine Verletzung der Glaubens- und Gewissensfreiheit vorliege, nichts ankommen. Diese Frage sei danach zu beantworten, ob eine Maßregel der Natur der Sache nach gewissensverletzend sei; sei dies, wie bei den in Rede stehenden Maßnahmen, nicht der Fall, so könne vom Standpunkte des Staates aus eine Maßregel nicht dadurch zu einer gewissensverletzenden werden, daß der Pabst sie als solche taxire. Uebrigens sei diese Frage im gegenwärtigen Stadium der Sache noch gar nicht zu untersuchen, wie überhaupt der Rekurs seinem ganzen Umfange nach als verfrüht erscheine, da der Große Rath über die Beschwerde der Kirchenpflege Wegenstetten-Hellikon noch nicht materiell entschieden, sondern vielmehr den Entscheid bis zum Zeitpunkte der allgemeinen Ordnung der kirchlichen Verhältnisse verschoben habe. In einem Verschiebungsbeschluß liege aber jedenfalls keine Verfassungs-

verletzung. Daß die Erledigung der Angelegenheit ad calendas græcas verschoben werden wolle, sei unrichtig und es ließen sich gegen eine solche Verschiebung später leicht Mittel und Wege zur Abhülfe finden. Wenn eventuell in die Hauptsache selbst eingetreten werden solle, so sei vorerst zu bemerken, daß es sich keineswegs um einen Anstand aus dem Privatrechte handle, denn die Frage der Mitbenutzung der Kirchen durch Angehörige verschiedener Konfessionen sei eine Frage des öffentlichen Rechtes. Wenn aber ein Anstand aus dem Privatrechte vorläge, so wäre derselbe nicht auf dem Wege des staatsrechtlichen Rekurses, sondern auf dem Wege des Civilprozesses zu erledigen; die durch die Bundesverfassung (Art. 50 Abs. 3) und das Gesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vorgesehene Möglichkeit, solche Anstände auf dem Wege des staatsrechtlichen Rekurses zur Entscheidung durch das Bundesgericht zu bringen, beziehe sich naturgemäß nur auf solche Fälle, wo auch eine Verfassungsverletzung in Frage stehe. Deshalb habe sich denn auch die Rekurrentin nebenbei auf eine angebliche Verletzung des Art. 19 der aargauischen Kantonsverfassung, welcher die Gewährleistung des Eigenthums ausspreche, berufen. Allein von einer solchen könne, da Niemandem eingefallen sei, über die Frage des Eigenthums an dem Kirchengebäude u. s. w. zu entscheiden, offenbar keine Rede sein. Uebrigens wäre auch die Frage des Eigenthums nicht ohne weiters zu Gunsten der Rekurrentin zu entscheiden, da, wie aus einer Bescheinigung der aargauischen Staatswirthschaftsdirektion hervorgehe, der Staat Aargau Eigenthümer des Chors und des Hochaltars der Pfarrkirche zu Wegenstetten sei, mithin ihm Miteigenthum an derselben zustehe.

G. Replikando hält die Rekurrentin entgegen den Ausführungen der Vernehmlassung an ihren Darlegungen fest, indem sie insbesondere anführt: Die Beschwerde sei keineswegs verspätet, da der Großrathsbeschluß implicite die Beschlüsse des Regierungsrathes, wenigstens provisorisch, aufrecht erhalte. Das Recht der Rekurrentin, den Schutz des Bundesgerichtes anzurufen, könne durch den Verschiebungsbeschluß des Großen Rathes nicht geschmälert werden, denn Rekurrentin sei nicht gehalten, zu dulden, daß ihr Recht auch nur einen Augenblick lang geschmälert

werde. Ein Anstand aus dem Privatrecht liege allerdings vor und, nach der unzweideutigen Vorschrift der Bundesverfassung und des Gesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege, sei derselbe auf dem Wege des staatsrechtlichen Rekurses zum Austrage zu bringen, wenn dies auch allerdings mit den gewöhnlichen Begriffen im Widerspruche stehe. Der Anspruch des Staates auf den Chor und den Hochaltar der Kirche könne nicht anerkannt werden, vielmehr liege dem Staate lediglich die Unterhaltungspflicht ob. Uebrigens sei diese Frage irrelevant, da Regierungsrath und Großer Rath nicht auf Grund eines vermeintlichen Eigenthumsrechtes dekretirt haben. Da der Staat Aargau allein die Opponentenrolle übernommen habe, so sei auch ihm gegenüber auf Zuerkennung einer Prozeßentschädigung anzutragen. Demnach werde beantragt:

1. Das Bundesgericht wolle in die Behandlung des Rekurses eintreten und denselben gut heißen.

2. Die Kosten aber dem Staate des Kantons Aargau überbinden.

Aus der Duplik der Regierung des Kantons Aargau ist hervorzuheben: Das Recht des Staates, den Minderheiten die Mitbenutzung der Kirchen zu gestatten, erachte sie als selbstverständlich; anders läge die Frage, wenn der Staat die Mitbenutzung untersagen wollte. An Ausübung seiner Rechte könne der Staat durch aus dem kanonischen Rechte hergeleitete Prätensionen nicht gehindert werden. Die Rekurrentin müsse, wie jeder andere Rechtsuchende, die Entscheidung der zuständigen Behörde, d. h. des Großen Rathes, abwarten. Die kirchlichen Angelegenheiten des Kantons Aargau, von denen die vorliegende nur einen Bruchtheil bilde, seien von dem im März 1880 neu gewählten Großen Rathe in ihrer Gesammtheit an die Hand genommen und zum Behufe der Vorberathung und Antragstellung einer neungliedrigen Kommission überwiesen worden, welche vor dem Herbste dem Großen Rathe ihre Anträge unterbreiten werde. Bis dahin werde sich die Rekurrentin gedulden können.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Da die Rekurrentin gegen die von ihr angefochtenen Be-

schlüsse des Regierungsrathes des Kantons Aargau unbestrittenermaßen rechtzeitig beim Großen Rathe des Kantons Aargau als der zuständigen kantonalen Oberbehörde Beschwerde geführt hat und der Rekurs an das Bundesgericht gegen den über diese Beschwerde gefaßten Beschluß des Großen Rathes ebenfalls rechtzeitig ergriffen wurde, so kann davon, daß der Rekurs, insoweit er sich gegen die Schlußnahmen des Regierungsrathes richtet, verspätet sei, offenbar nicht die Rede sein und die in dieser Beziehung erhobene Einwendung der Regierung des Kantons Aargau erscheint als unbegründet.

2. Wie die Rekurrentin selbst anerkennt, unterstehen weder die behauptete Verletzung des aargauischen Gesetzes über die Kirchgemeinden, noch diejenige des Grundsatzes der Glaubens- und Gewissens- oder Kultusfreiheit der Kognition des Bundesgerichtes. Die Beschwerde ist also vom Bundesgerichte nur insofern zu prüfen, als sie unter dem Gesichtspunkte eines Anstandes aus dem Privatrechte, welcher über die Trennung einer Religionsgenossenschaft entstanden ist, gemäß Art. 50 Abs. 3 der Bundesverfassung und Art. 59 Ziffer 6 des Gesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege angebracht wird.

3. Diese Beschwerde erscheint nun jedenfalls als verfrüht. Denn

a. Der Beschluß des Großen Rathes des Kantons Aargau vom 20. November 1879 enthält keine materielle Entscheidung der Frage, sondern verfügt lediglich, daß die Entscheidung bis zur Erledigung des regierungsräthlichen Berichtes über die Verhältnisse zwischen dem Staate und den Religionsgenossenschaften zu verschieben sei.

b. Nach Art. 50 Abs. 3 der Bundesverfassung können Anstände aus dem öffentlichen oder Privatrechte, welche über die Trennung oder Bildung von Religionsgenossenschaften entstehen, auf dem Wege der Beschwerdeführung der Entscheidung der Bundesbehörden unterstellt werden. Die Bundesbehörden können also erst dann mit derartigen Anständen befaßt werden, wenn dieselben durch die zuständigen kantonalen Behörden materiell erledigt sind, was vorliegend unzweifelhaft nicht zutrifft.

c. Der Verschiebungsbeschluß des Großen Rathes steht kei-

neswegs, wie die Rekurrentin behauptet, einer gänzlichen Abweisung ihres Gesuches der Wirkung nach gleich, bezw. derselbe kann nicht als ein Akt der Rechtsverweigerung aufgefaßt werden. Denn zweifellos war der Große Rath befugt, die Entscheidung der Frage auszusetzen, um vorerst die zur sachgemäßen Prüfung derselben erforderlichen Materialien zu sammeln, und eine Rechtsverweigerung läge nur dann vor, wenn unter dem Vorwande der Verschiebung die Abgabe einer Entscheidung in willkürlicher Weise fortgesetzt verweigert würde. Davon kann aber vorliegend, angesichts der von der Regierung des Kantons Aargau in ihrer Duplik abgegebenen Erklärungen, keine Rede sein. Der Verschiebungsbeschluß findet im Gegentheil in der allgemeinen Bedeutung der Beschwerde der Rekurrentin seine sachliche Erklärung.

4. Erscheint somit die Beschwerde jedenfalls als verfrüht, so erübrigt sich zur Zeit eine weitere Prüfung der Statthaftigkeit und Begründetheit derselben.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:
Auf den Rekurs wird als verfrüht nicht eingetreten.

IV. Gerichtsstand. — Du for.

1. Gerichtsstand des Wohnortes. — For du domicile.

61. Urtheil vom 26. Juli 1880 in Sachen Schippke.

A. Infolge zweier Verfügungen des Gerichtspräsidenten von Zug vom 19. und 22. Mai 1880 wurde gemäß § 147 der zugerischen Prozeßordnung für eine Forderung von 41 Fr. 95 Cts. der Gebrüder Meyer, Hammerschmiede in Oberägeri, und für eine solche des Karl Josef Iten, Schmiedes in Unterägeri, von 28 Fr. 10 Cts. an Ingenieur A. Schippke, von Hundsfeld, niedergelassen in Arth, Kantons Schwyz, für gelieferte Werk-

zeuge auf diese dem letztern gehörigen Werkzeuge durch das Weibelamt Unterägeri, Kantons Zug, Arrest gelegt.

B. Vermittelst Rekursbeschwerde vom 2. Juni 1880 trug A. Schippke beim Bundesgerichte auf Aufhebung dieser Arrestverfügungen und Verweisung der Kläger auf den Rechtsweg an, indem er sich darauf berief, daß er in Arth laut Bescheinigung der dortigen Gemeindekanzlei vom 31. Mai 1880 niedergelassen und kein Zuger sei.

C. Namens der Rekursbeklagten bemerkte Fürsprecher D. Henggeler in seiner Vernehmlassung, daß der Namens der Gebrüder Meyer gelegte Arrest, nachdem Schippke die Schuld anerkannt und sein Arbeitgeber sich für die Forderung haftbar erklärt habe, aufgehoben worden und mithin die Beschwerde insoweit hinfällig geworden sei; übrigens sei Schippke Ausländer, besitze keinen Wohnsitz im Kanton Zug und habe die Lieferung der fraglichen Werkzeuge, für welche er Schuldner der Rekursbeklagten sei und auf welche der Arrest ausgeführt worden sei, unter der betrügerischen Vorgabe erlangt, daß diese Lieferung auf Rechnung seines frühern Arbeitgebers gehe. Die Arrestverfügung sei demgemäß vollkommen gerechtfertigt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Gemäß den Fakt. C erwähnten Erklärungen des Vertreters der Rekursbeklagten steht gegenwärtig nur noch die am 22. Mai abhin zu Gunsten des Karl Jos. Iten erlassene Arrestverfügung in Frage.

2. Es steht nun, nach der Bescheinigung der Gemeindekanzlei von Arth, d. d. 31. Mai 1880, fest, und ist übrigens auch vom Rekursbeklagten nicht bestritten, daß Rekurrent in Arth, Kts. Schwyz, seinen festen Wohnsitz habe; ebenso muß, da vom Rekursbeklagten das Gegentheil nicht behauptet worden ist, angenommen werden, daß Rekurrent aufrechtstehend sei. Demgemäß ist aber derselbe, gemäß Art. 59 Abs. 1 der Bundesverfassung, berechtigt, zu verlangen, daß er für persönliche Ansprachen beim Richter seines Wohnortes gesucht und daß außerhalb des Kantons, in welchem er wohnt, auf sein Vermögen kein Arrest gelegt werde. Da es sich nun vorliegend offenbar um eine rein persönliche Ansprache aus Kauf oder Werkverdingung han-

delt, so erscheint somit der Rekurs als begründet. Daß Rekurrent Ausländer ist, kann hieran nichts ändern, denn Art. 59 Abs. 1 der Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 stellt, hierin von Art. 50 der Bundesverfassung von 1848 abweichend, in Bezug auf den Gerichtsstand des Wohnortes die in der Schweiz domizilirten Ausländer den Schweizerbürgern vollkommen gleich. Ebensowenig kann darauf etwas ankommen, daß Rekurrent nach der Behauptung der Rekursbeklagten sich in Bezug auf das in Frage stehende Schuldverhältniß eines Betruges schuldig gemacht haben soll. Denn dies vermag, da gegen den Rekurrenten keineswegs eine Strafklage erhoben, sondern lediglich auf civilrechtlichem Wege vorgegangen worden ist, an der Natur des erhobenen Anspruchs und folgeweise an der Gerichtszuständigkeit nichts zu ändern.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird als begründet erklärt und es wird somit die Arrestverfügung des Gerichtspräsidenten von Zug vom 22. Mai abhin aufgehoben.

---

62. Urtheil vom 3. Juli 1880 in Sachen Nef.

A. Albina Nef von Teufen, welche seit längerer Zeit majorenn ist und sich, laut Bescheinigung des Gemeinderathes von Hinweil, Kantons Zürich vom 5. April 1880, seit Mitte November 1875 in letzterer Gemeinde aufhält, erwarb in Lütiswies, Gemeinde Teufen, einen Bauplatz, auf welchem sie ein Häuschen erstellen ließ. Sie wurde demgemäß Eigenthümerin des fraglichen Hauses, auf welches sie auch am 7. Juni 1878 vor dem Gemeinderathe Teufen einen „liegenden Zeddel" von 800 Fr. zu Gunsten des Gemeinderichters Signer in Teufen errichten ließ. Zu dem fraglichen Baue, welcher von dem Vater der Albina Nef, dem in Teufen domizilirten Schreiner Gottlieb Nef, geleitet wurde, hatte Ulrich Deutsch, Spengler in St. Georgen, Berufsarbeiten, für welche er eine Forderung von

618 Fr. 80 Cts. stellt, geliefert. Auf Bezahlung dieser Summe belangte er den Gottlieb Nef in Teufen und letzterer wurde durch Urtheil des Obergerichtes des Kantons Appenzell Außerrhoden vom 18. Oktober 1878 verurtheilt, die von Deutsch gestellte Rechnung zu bezahlen. Auf dieses Urtheil gestützt, ließ Deutsch am 30. Oktober 1878 das Haus der Albina Nef in Schatzung ziehen, rücksichtlich welcher Schatzung indeß auf den Namen der Albina Nef die Bewilligung ertheilt wurde, gegen dieselbe Rechtsvorschlag einzulegen.

B. Darauf hin belangte Deutsch die Albina Nef an ihrem Wohnorte in Hinweil. Dieselbe wirkte indeß gegen das daherige Rechtsbot am 23. Januar 1879 beim Gemeindeammann von Hinweil Rechtsvorschlag aus, indem sie jede Schuldpflicht bestritt. Deutsch verlangte nunmehr beim Bezirksgerichtspräsidenten von Hinweil, gestützt auf das gegen Gottlieb Nef ergangene Urtheil des Obergerichtes des Kantons Appenzell A. Rh. vom 18. Oktober 1878 Rechtsöffnung gegen die Albina Nef, wurde indeß mit diesem Begehren durch Verfügung vom 28. Februar 1879 abgewiesen, da es nicht angehe, im summarischen Verfahren die lediglich gegenüber dem Gottlieb Nef festgestellte Schuldpflicht einer anderen Person zu überbinden, sondern nur nach einläßlicher Parteiverhandlung darüber entschieden werden könne, ob die Angesprochene für die streitige Forderung aufzukommen habe.

C. Deutsch leitete hierauf wiederum in Teufen den Rechtstrieb ein und zwar nunmehr gegen die „Familie Nef" in Lütiswies, Gemeinde Teufen. Gegen diesen Rechtsbetrieb meldete Gottlieb Nef wiederum Rechtsvorschlag an; nachdem ein Vermittelungsvorstand erfolglos geblieben war, und die beklagte Partei die Sache nicht innert der gesetzlich festgestellten Frist an das Gericht gezogen hatte, verlangte der Kläger Vornahme der Schatzung. Auf Einsprache der beklagten Partei wurde vom Regierungsrath des Kantons Appenzell A.-Rh. am 27. Oktober 1879 entschieden, die Frage, ob der Kläger oder die Beklagte die Sache beim Gericht hätte anhängig machen sollen, eventuell ob die daherige Unterlassung eine verschuldete oder unverschuldete sei, sei an den Richter verwiesen. Durch das

Obergericht des Kantons Appenzell A.-Rh. wurde hierauf am 24. Februar 1880 in zweiter Instanz erkannt, es sei die Einleitung des Prozesses von Gottlieb Nef resp. der Familie Nef in verschuldeter Weise unterlassen worden und daher Ulrich Deutsch nicht mehr gehalten, derselben vor Gericht Rede und Antwort zu geben, mit der Begründung, daß nach der bestehenden kantonalen Praxis nach fruchtloser Vermittlung nicht der Kläger, sondern der Beklagte, bezw. der Angeforderte, den Prozeß gerichtlich anhängig zu machen habe und die daherige Unterlassung der beklagten Partei eine verschuldete sei.

D. Gestützt auf dieses Urtheil ließ Deutsch der Familie Nef in Lütiswies am 25. Februar 1880 durch den Gemeindehauptmann von Teufen für seine Forderung den Schätztag auf 3. März ansagen. Auf diese Anzeige hin reichte Albina Nef dem Regierungsrathe des Kantons Appenzell A.-Rh. einen Rekurs ein mit dem Schlusse, es sei das Schuldentriebamt Teufen anzuweisen, daß es kein Gut majorenner Kinder, namentlich das Haus der Albina Nef in Lütiswies, dem Deutsch zuschätzen dürfe. Das Schuldentriebamt Teufen schätzte indeß nichtsdestoweniger am 5. März 1880 das fragliche Haus dem Deutsch für seine Forderung zu, mit Ansetzung einer zweimonatlichen Losungsfrist. Am 22. März 1880 wies auch der Regierungsrath des Kantons Appenzell A.-Rh. den Rekurs, gestützt auf die ergangenen gerichtlichen Urtheile, als unbegründet ab, worauf der Familie Nef die schuldentriebrechtliche Versteigerung fraglicher Liegenschaft auf 6. April durch das Schuldentriebamt Teufen angekündigt wurde.

E. Hiegegen ergriff Albina Nef den Rekurs an das Bundesgericht; sie stellt in ihrer Rekursschrift das Gesuch um Kassation der vom Schuldentriebamt Teufen angezeigten Schatzung und angedrohten Versteigerung des Hauses der Petentin in Lütiswies, Gemeinde Teufen, resp. Abänderung der auf ihren diesfälligen Rekurs am 22. März laufenden Jahres erfolgten Abweisung durch den Regierungsrath des Kantons Appenzell A.-Rh., als den Art. 59 und 61 der Bundesverfassung widersprechend. Zur Begründung wird wesentlich geltend gemacht: Rekurrentin habe seiner Zeit den Bau des in Frage stehenden

Häuschens ihrem Vater Gottlieb Nef durch Vertrag vom 1. Januar 1877 um die Summe von 1950 Fr. in Akkord gegeben, wobei sie lediglich den Bauplatz und das Holz zu liefern gehabt habe. Die von ihrem Vater gegenüber dem Spengler Deutsch kontrahirte Schuld berühre sie also nicht, um so weniger als sie ihrem Vater die ihm als Bauunternehmer schuldige Summe bezahlt habe. Sie sei majorenn und von ihrer Familie ökonomisch völlig getrennt; seit der Verfügung des Gerichtspräsidenten von Hinweil vom 28. Februar 1879 habe sie überdem weder eine Ladung noch eine Streitverkündung in dieser Sache erhalten und überhaupt von den späteren Vorgängen keine Kenntniß mehr gehabt. Die Forderung des Deutsch sei nun eine rein persönliche und sie müsse daher nach Art. 59 der Bundesverfassung an ihrem Domizil in Hinweil für dieselbe belangt werden; weder sie noch ihr Eigenthum könne dafür im Kanton Appenzell A.-Rh. schuldenbetriebrechtlich in Anspruch genommen werden; keinenfalls könne sie als Mitglied der Familie Nef für diese Forderung in Teufen betrieben werden, da sie, wie bemerkt, von ihrer Familie ökonomisch separirt sei und auch das in Schatzung genommene Haus nicht der Familie, sondern ihr persönlich gehöre. Ueberdem sei über die Forderung des Deutsch durch den Bescheid des Bezirksgerichtspräsidenten von Hinweil rechtskräftig abgeurtheilt, welches Urtheil in der ganzen Schweiz, nach Art. 61 der Bundesverfassung, vollstreckbar sein müsse.

F. Der Regierungsrath des Kantons Appenzell A.-Rh. bemerkt in seiner Vernehmlassung, daß er angesichts des rechtskräftigen, gegen die Familie Nef ergangenen obergerichtlichen Urtheils vom 24. Februar l. Js. unmöglich den Rekurs der Albina Nef gegen den dem fraglichen Urtheile völlig entsprechenden Rechtstrieb habe für begründet erklären können, und daß er daher auch jetzt noch an seiner Anschauung, daß dieser Rekurs als unbegründet abzuweisen gewesen sei, festhalten müsse.

G. Von Seiten des Rekursbeklagten, Spengler Deutsch, sodann wird auf Abweisung des Rekurses, eventuell darauf angetragen, es möchte sich das Bundesgericht als inkompetent, über die Rekursbeschwerde einen Entscheid zu fassen, erklären und im Wesent-

lichen bemerkt: Rekursbeklagter habe bei Abschluß des Vertrages über die von ihm zu leistenden Berufsarbeiten keineswegs ausschließlich mit dem Vater Gottlieb Nef, sondern mit sämmtlichen Familiengliedern verhandelt und sich ausbedungen, daß die ganze Familie Nef, also auch die Tochter Albina, solidarisch haftbar sein solle, womit sich diese ganz einverstanden erklärt habe. Er habe im Fernern keine Kenntniß davon gehabt, daß die Albina Nef Alleineigenthümerin des in Frage stehenden Häuschens sei. Demnach habe er auch in seinem Handwerksbuch die Familie Nef und nicht den Gottlieb Nef für die in Frage stehende Forderung belastet. Daß er anfänglich den Gottlieb, später die Albina Nef persönlich belangt habe, sei auf einen Irrthum seines früheren Bevollmächtigten zurückzuführen; mit der Einleitung der Betreibung gegen die Familie Nef sodann sei die Angelegenheit auf den richtigen prozessualischen Boden zurückgeführt worden. Die Familie Nef nun, der auch die Tochter Albina Nef angehöre, habe ihr Domizil in Teufen und könne daher auch dort belangt werden; daß Rekurrentin vorübergehend in Hinweil sich aufhalte, könne nicht in Betracht kommen, da sie dort lediglich als Dienstbote sich aufhalte, also nicht haushablich und förmlich niedergelassen sei, was zur Begründung eines festen Wohnsitzes nach Art. 59 der Bundesverfassung gehöre. Uebrigens sei die Forderung des Rekursbeklagten, da ihm für dieselbe nach Art. 21 und 25 des appenzellischen Schuldentriebs- und Art. 11 des dortigen Konkursgesetzes Pfandrechte an dem Häuschen zustehen, „dinglicher" Natur, und Art. 59 der Bundesverfassung finde also auf dieselbe keine Anwendung. Die Verfügung des Bezirksgerichtspräsidenten von Hinweil, auf welche Rekurrentin sich berufe, sei keineswegs ein rechtskräftiges Urtheil. Daß Rekurrentin, wie sie behaupte, ihrem Vater den Bau in Akkord gegeben und ihm die Akkordsumme bezahlt habe, sei nicht bewiesen und werde des Entschiedensten bestritten. Vielmehr sei, da von dem Vater Nef nichts erhältlich sein werde, der Zweck der Familie Nef einfach der, sich auf Kosten der Arbeiter und Lieferanten ein eigenes Haus zu verschaffen. Endlich erscheine auch die Kompetenz des Bundesgerichtes, in dieser Sache zu entscheiden, zweifelhaft.

H. In ihrer Replik bestreitet die Rekurrentin die thatsächlichen und rechtlichen Anbringen des Rekursbeklagten. Dagegen hält letzterer dieselben duplicando aufrecht, indem er insbesondere behauptet: die Familie Nef bilde „einen moralischen Körper, eine quasijuristische Person;" die Familie als solche sei ins Recht gefaßt worden, und nachdem dieselbe, bezw. ihre einzelnen Mitglieder es unterlassen haben, den Prozeß rechtzeitig anzuheben, könne an den sachbezüglichen Rechtsfolgen nachträglich nichts mehr geändert werden. Uebrigens müsse festgehalten werden, daß die Tochter Albina Nef von den diesbezüglichen Vorgängen allerdings Kenntniß gehabt habe.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Da seitens der Rekurrentin die Verletzung verfassungsmäßig gewährleisteter Rechte behauptet wird, so ist das Bundesgericht zur Entscheidung zweifellos kompetent.

2. Soweit nun der Rekurs auf Art. 61 der Bundesverfassung sich stützt, ist derselbe offenbar unbegründet. Denn durch die Verfügung des Bezirksgerichtspräsidenten von Hinweil vom 28. Februar 1879 wurde über den Anspruch des Rekursbeklagten gegen die Rekurrentin materiell gar nicht geurtheilt, sondern lediglich festgestellt, daß derselbe nicht im summarischen Verfahren des zürcherischen Prozesses verfolgt werden könne, sondern im ordentlichen Verfahren durchzuführen sei. und demnach das Begehren um „Rechtseröffnung" im Sinne des zürcherischen Prozeßrechtes abgewiesen. Von einer Verletzung des Art. 61 der Bundesverfassung kann also, da die erwähnte Verfügung des Bezirksgerichtspräsidenten von Hinweil sich überall nicht als ein Urtheil qualifizirt, keine Rede sein.

3. Dagegen muß in der Durchführung des Schuldentriebes gegenüber der Rekurrentin im Kanton Appenzell A.-Rh. allerdings eine Verletzung des Art. 59 Abs. 1 der Bundesverfassung gefunden werden. Denn:

a. Es kann einem begründeten Zweifel nicht unterliegen, daß Rekurrentin in der Gemeinde Hinweil, Kantons Zürich, ihren festen Wohnsitz hat und schon vor Einleitung der ersten schuldentriebrechtlichen Vorkehr hatte, da sie nach dem Zeugnisse des Gemeinderathes von Hinweil seit November 1875 unun-

terbrochen in Hinweil gewohnt hat. Daran kann der Umstand nichts ändern, daß Rekurrentin in Hinweil keinen eigenen Haushalt führt. Denn zur Begründung eines festen Wohnsitzes an einem Orte ist lediglich Absicht und Thatsache dauernden Aufenthaltes an demselben erforderlich, und daß diese beiden Momente hier vorliegen, kann angesichts der mehrjährigen ununterbrochenen Dauer des Aufenthaltes der Rekurrentin in Hinweil nicht zweifelhaft sein.

b. Ebenso wenig kann einem Zweifel unterliegen, daß der Anspruch des Rekursbeklagten gegenüber der Rekurrentin rein persönlicher Natur ist, denn derselbe wird aus einem Werkverdingungs- oder Lohndienstvertrage, also aus einem rein obligatorischen Geschäfte abgeleitet. Daß die Arbeiten, welche den Gegenstand dieses Vertrages bildeten, mit Beziehung auf ein in Teufen gelegenes Haus geleistet wurden, ändert, wie die bundesrechtliche Praxis stets festgehalten hat, an der persönlichen Natur der Ansprache nichts. Inwiefern sodann aus Art. 22 und 25 des Schuldentriebgesetzes und aus Art. 11 des Konkursgesetzes des Kantons Appenzell A.-Rh. folgen soll, daß dem Rekursbeklagten ein dingliches Recht an dem Hause der Rekurrentin zustehe und daß der in Frage stehende Rechtstrieb die Realisirung dieses dinglichen Rechtes zum Zwecke habe, ist vollkommen unerfindlich, da die betreffenden Artikel lediglich von der Zulässigkeit des schnellen Rechtstriebes, vom Verfahren gegen Schuldner, die sich aus dem Kantone entfernen um der Zahlung ihrer Schulden auszuweichen und von der Rangordnung der Gläubiger im Konkurse handeln.

c. Von einem Verzichte der Rekurrentin auf den verfassungsmäßigen Gerichtsstand des Wohnsitzes, bezw. von einer Anerkennung des appenzellischen Gerichtsstandes seitens der Rekurrentin sodann kann keine Rede sein. Denn weder ist behauptet, daß eine ausdrückliche Prorogation des Gerichtsstandes stattgefunden habe, noch kann die Absicht einer solchen aus konkludenten Handlungen erschlossen werden, da Rekurrentin persönlich sich niemals vor den appenzellischen Gerichten eingelassen hat, die Einlassung ihres Vaters oder der übrigen Familienglieder dagegen für die privatrechtlich anerkanntermaßen vollkommen

selbständige Rekurrentin in keiner Weise verbindlich sein konnte, und in dem Umstande, daß die Rekurrentin bei den zuständigen appenzellischen Behörden Widerspruch gegen den ihr gegenüber eingeleiteten Rechtstrieb erhoben hat, für sich allein, wie das Bundesgericht bereits in seinem Urtheile in Sachen der internationalen Gesellschaft der Bergbahnen vom 1. September 1877 (amtl. Sammlung III, S. 447) ausgesprochen hat, eine Anerkennung des Gerichtsstandes nicht zu finden ist.

d. Wenn es sich sonach vorliegend um eine persönliche Ansprache handelt, Rekurrentin einen festen Wohnsitz in der Schweiz hat und ein Verzicht auf den Gerichtsstand des Wohnsitzes nicht vorliegt, so muß Rekurrentin bei ihrem verfassungsmäßigen Recht auf letztern geschützt werden. Völlig unerheblich ist nämlich, daß der Rechtstrieb nicht lediglich gegen die Rekurrentin persönlich, sondern gegen ihre Familie eingeleitet worden ist. Denn dadurch kann der verfassungsmäßige Grundsatz, welcher dem aufrecht stehenden Schuldner für persönliche Ansprachen den Gerichtsstand des Wohnsitzes gewährleistet, nicht umgangen und Rekurrenten nicht gezwungen werden, vor einem andern als dem verfassungsmäßig zuständigen Richter Recht zu nehmen.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird als begründet erklärt und es werden demnach, in Aufhebung des Entscheides des Regierungsrathes des Kantons Appenzell A.-Rh. vom 22. März l. J. die gegen das Vermögen der Rekurrentin vom Schuldentriebamte Teufen angeordneten schuldentriebrechtlichen Vorkehren als verfassungswidrig kassirt.

---

2. Gerichtsstand der belegenen Sache. — For de la situation de la chose.

63. Urtheil vom 10. Juli 1880 in Sachen Zehnder.

A. Josef Zehnder, Bäcker und Handelsmann in Wangen, Kantons Schwyz, cedirte am 29. November 1878 der Leih- und

Sparkasse in Adorf, Kantons Thurgau, eine ihm an Johann Zehnder, Fuhrhalter in Ettenhausen, zustehende Forderung von 2539 Fr.; dabei übernahm der Cedent die Garantie für die Einbringlichkeit der fraglichen Forderung und bestellte als Sicherheit für die Erfüllung dieser Garantieverpflichtung einen Schuldtitel von 3000 Fr. als Faustpfand.

In dem im Juli 1879 ausgebrochenen Konkurse des debitor cessus gerieth nun die Cessionarin mit einem Betrage von 496 Fr. 35 Cts. zu Verlust.

B. Die Spar- und Leihkasse Adorf verlangte hierauf am 12. Mai 1879, wie aus einer Bescheinigung des Friedensrichteramtes des Kreises Matzingen sich ergibt, bei letzterm zur Deckung des erlittenen Ausfalles gemäß den Vorschriften der thurgauischen Gesetzgebung die Versilberung des als Faustpfand deponirten Schuldbriefes. Hiegegen erhob Josef Zehnder Protest aus dem Grunde, weil er der Inhaberin des Briefes, der Sparkasse Adorf, nichts mehr schulde; er behauptete nämlich, daß die Spar- und Leihkasse Adorf den von ihr erlittenen Verlust selbst verschuldet habe dadurch, daß sie die fragliche Forderung nicht mit der gehörigen Diligenz beigetrieben habe. Hierauf erhob die Spar- und Leihkasse Adorf beim Friedensrichteramte des Kreises Matzingen gegenüber dem Rekurrenten die Forderung auf Bezahlung des Saldo von 496 Fr. 35 Cts. nebst Zins und Kosten, resp. Bewilligung zur Versilberung des Faustpfandes. Da der Vermittlungsvorstand fruchtlos blieb, so wies der Friedensrichter auf Verlangen der Klägerin die Sache zur Beurtheilung an das Bezirksgericht Frauenfeld. Durch Ladung vom 23. Februar 1880 wurde sodann der Beklagte zur Beurtheilung seiner Streitsache gegen die Spar- und Leihkasse Adorf „betreffend Forderung" zur Verhandlung vor das Bezirksgericht Frauenfeld geladen.

C. Gegen diese Ladung führte derselbe beim Bundesgerichte Beschwerde; er stellt den Antrag, das Bundesgericht wolle die Citationsverfügung des Bezirksgerichtspräsidiums Frauenfeld, d. d. 23. Februar l. J., als im Widerspruche stehend mit Art. 59 der Bundesverfassung aufheben und die Klägerin mit ihrem bestrittenen Forderungsanspruch an die Gerichte des Kantons Schwyz verweisen. Zur Begründung wird angeführt: Die von

der Klägerin beim Bezirksgerichte Frauenfeld anhängig gemachte Klage qualifizire sich, sowohl in der Form, in welcher sie geltend gemacht werde, als auch ihrem Wesen nach als ein persönlicher Anspruch. Streitig sei nämlich zwischen den Parteien einzig, ob der Klägerin überhaupt noch eine Forderung an den Beklagten zustehe, keineswegs dagegen, ob eventuell, sofern die Forderung bestehe, das bestellte Faustpfand hafte; es handle sich also um gar nichts anderes als um einen Streit über den Bestand einer obligatorischen Forderung. Demgemäß müsse die Klage, da Rekurrent aufrechtstehend und im Kanton Schwyz domizilirt sei, nach Art. 59 Abs. 1 der Bundesverfassung beim Gerichte seines schwyzerischen Wohnortes angebracht werden. Wenn überall da, wo eine Realkaution bestellt sei, der persönliche Charakter des betreffenden Anspruches negirt werden könnte, so wäre die Umgehung des Grundsatzes des Art. 59 Abs. 1 der Bundesverfassung ein leichtes, was mit dem Wortlaute, sowie mit Sinn und Zweck der Bundesverfassung im Widerspruch stehen würde.

D. In ihrer Rekursbeantwortung beantragte die Leih- und Sparkasse Adorf Abweisung der Beschwerde, indem sie wesentlich darauf hinweist, daß sie gegen den Rekurrenten keineswegs eine persönliche Ansprache geltend gemacht, sondern nach Anleitung des Rechtstriebgesetzes des Kantons Thurgau (§ 86) die Versilberung des Faustpfandes verlangt habe. Gegen die anbegehrte Versteigerung des Faustpfandes habe dann Rekurrent Einsprache erhoben, woraufhin die Gläubigerin den Prozeß über ihre Berechtigung zur Versilberung des Faustpfandes eingeleitet habe. Diesen Prozeß aber habe sie am Ort, wo die Versteigerung des Faustpfandes stattfinden müsse, d. h. am Orte der gelegenen Sache einleiten müssen.

E. Replicando behauptet Rekurrent, die Rekursbeklagte habe vom Rekurrenten niemals die Versteigerung des Faustpfandobjektes verlangt und niemals das für eine solche Exekution vorgeschriebene gesetzliche Verfahren eingeleitet. Für den Charakter des Prozesses sei der Inhalt der friedensrichterlichen Weisung entscheidend. Diese führe aber als Streitgegenstand einen Forderungsanspruch der Rekursbeklagten an den Rekurrenten an; es handle sich also um eine rein persönliche Ansprache.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Wie die bundesrechtliche Praxis stets festgehalten hat (vergl. Blumer-Morel, Handbuch I S. 420 und die dortigen Allegate, ferner Entsch. Amtl. Samml. II S. 48, IV S. 552 ff., V S. 168 Erw. 1), bezieht sich Art. 59 Abs. 1 der Bundesverfassung auf pfandversicherte Forderungen insofern nicht, als Klagen, welche auf Realisirung des Pfandrechtes, als eines dinglichen Rechtes an dem verpfändeten Objekte, gerichtet sind, nicht bei dem Gerichte des Wohnortes des Schuldners angebracht werden müssen, sondern beim Gerichte des Ortes der gelegenen Sache geltend gemacht werden können. Daran kann es auch nichts ändern (vergl. Entsch. Amtl. Samml. I S. 168 Erw. 3), daß der Beklagte, der auf Realisirung des Pfandrechtes gerichteten Klage gegenüber, nicht lediglich die Existenz des Pfandrechtes, sondern vielmehr die Existenz der pfandversicherten Forderung bestreitet; denn dadurch wird die rechtliche Natur der Klage nicht geändert. An diesem, durch die bisherige bundesrechtliche Praxis aufgestellten Grundsatze muß um so mehr festgehalten werden, als die Willensmeinung der Parteien bei Konstituirung des Pfandrechtes offenbar dahin ging, daß der Gläubiger die Verwerthung der Pfänder beim Gerichte und nach dem Rechte des Ortes der gelegenen Sache solle betreiben dürfen; wenn aber diese dem Gläubiger unverkennbar zustehende Befugniß nicht vom Schuldner durch Bestreiten der Existenz der Forderung beliebig soll ausgeschlossen werden können, so muß offenbar festgehalten werden, daß Einwendungen, welche der Schuldner einer auf Realisirung des Pfandrechtes gerichteten Klage, bezw. einem hierauf gerichteten Rechtstriebe entgegenstellt, mögen sich dieselben auf die Existenz des Pfandrechtes oder auf die Existenz der Forderung beziehen, vom Richter des Ortes der gelegenen Sache zu beurtheilen seien, bezw. daß der Schuldner sich insoweit diesem Gerichte unterwerfe.

2. Sonach kann es sich im vorliegenden Falle nur fragen, ob die angestellte Klage auf Realisirung des von der Klägerin behaupteten Pfandrechtes gerichtet gewesen sei. Dies geht nun aber aus den vorliegenden Akten unzweideutig hervor. Denn wie aus der Bescheinigung des Friedensrichteramtes des Kreises Matzin-

gen vom 16. Mai 1880 hervorgeht, hatte die Klägerin und Rekursbeklagte am 12. Mai 1879 beim Friedensrichteramt Matzingen auf Versilberung des Faustpfandes angetragen, wogegen seitens des Rekurrenten Einsprache erhoben wurde, und ebenso forderte laut der vom Rekurrenten selbst ins Recht gelegten friedensrichterlichen Weisung vom 22. Januar 1880 Klägerin vom Beklagten und Rekurrenten den „Saldo eines Bürgschaftspostens für Joh. Zehnder, Fuhrhalter in Ettenhausen, im Betrage von 496 Fr. 35 Cts. nebst Zins und Kosten, resp. Bewilligung zur Versilberung des Faustpfandes."

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird als unbegründet abgewiesen.

V. Schuldverhaft. — Contrainte par corps.

64. *Arrêt du 17 Septembre 1880 dans la cause Witschy.*

Ensuite de saisie du 20 Mai 1879, et sur exploit du sieur Ducotterd-Meyer, négociant à Fribourg, Jean Witschy, cadet, à Hindelbank, propriétaire à Fribourg, a été cité en conciliation au 11 Août suivant devant le Juge de Paix de cette ville, mais il ne s'est pas présenté, ni personne en son nom. Par décision du dit jour, le Juge de paix a condamné le défaillant, en vertu de l'art. 215 du code de procédure civile, à une amende de 6 francs et aux frais.

Witschy n'ayant pas payé cette amende, la Préfecture du District de la Sarine décerna contre lui, le 6 Octobre 1879, un mandat d'arrêt en application des art. 11 et 14 de la loi du 27 Août 1875 concernant l'exécution des jugements et décisions des juges et autorités administratives portant condamnation à des amendes.

Sur recours de Witschy au Tribunal fédéral, le gouvernement de Fribourg, reconnaissant que les formes légales n'a-

vaient pas été observées à l'égard du recourant, donna au Préfet l'ordre de retirer le mandat d'arrêt, et le Tribunal fédéral, par arrêt du 26 Décembre 1879, décida de ne pas entrer en matière sur un recours désormais sans objet.

Le 16 Janvier 1880, le chef du bureau d'enregistrement de Fribourg impose saisie, sous le sceau du Juge de Paix, sur tous les biens de Witschy, pour parvenir au payement de l'amende de 6 fr. et accessoires, prononcée contre lui le 11 Août 1879 ; le même exploit signifie à Witschy d'avoir à faire valoir, le cas échéant, ses motifs d'opposition dans le délai péremptoire de 15 jours ; le dit exploit a été notifié le même jour, en l'absence de Witschy, à son beau-fils Alt, à Fribourg, avec charge de le remettre.

Par exploit du 31 Janvier 1880, Witschy oppose à cette poursuite, alléguant qu'elle a été permise par un Juge incompétent, attendu que, domicilié à Hindelbank (Berne), c'est à ce domicile qu'il doit être recherché à teneur des art. 59 de la Constitution fédérale, 5 de la loi sur les poursuites et 14 du Code de procédure civile.

Le Bureau d'enregistrement ayant de nouveau dénoncé Witschy au Préfet, ensuite du non-payement de l'amende, laquelle s'était transformée en 1 $^1/_2$ jour de prison, le recourant fut arrêté le 5 Juin 1880 et conduit en prison.

C'est à la suite de ces faits que Witschy recourt au Tribunal fédéral ; il conclut à l'annulation de la loi précitée du 27 Août 1875, et de l'ordre d'arrestation du 5 Juin.

A l'appui de son recours, il fait valoir les considérations ci-après :

La loi susvisée viole les art. 7, 54, 59 et suivants de la Constitution du Canton de Fribourg : la commutation d'amende en emprisonnement, telle que cette loi la prévoit, constitue une autre peine et dans tous les cas une aggravation de peine. Une condamnation ne peut être aggravée ou prononcée que par les Tribunaux constitutionnels, et non par un Préfet.

La loi de 1875 viole, en outre, l'art. 59 de la Constitution fédérale. Cet article supprime la contrainte par corps, tandis que la loi dont est recours la rétablit au pénal comme au

civil ; en outre le même article statue que le débiteur solvable doit être recherché devant le Juge de son domicile : or cette disposition protectrice devient illusoire, si le fisc a le privilège de faire arrêter et d'incarcérer ses débiteurs là où il les rencontre.

La loi de 1875 viole l'art. 9 de la Constitution cantonale, consacrant le principe de l'égalité des citoyens devant la loi.

Enfin, et à supposer même que la dite loi soit constitutionnelle, il n'en est pas moins certain que l'arrestation du 5 Juin 1880 était arbitraire. En effet, cette loi, art. 13 et 14, n'autorise la commutation de l'amende en prison que sur le vu d'un acte de défaut de biens ; or aucun acte pareil n'a été obtenu contre Witschy. D'ailleurs, dans le cas des art. 214 et 215 code de procédure civile, le Juge n'a pas même le pouvoir de prononcer l'emprisonnement ; l'ordre d'arrestation était donc arbitraire, et violait les art. 3 et 7 de la Constitution cantonale.

Ces violations ne sont pas permises à l'égard des ressortissants d'un canton confédéré, en présence de l'art. 60 de la Constitution fédérale.

Dans sa réponse, le Conseil d'Etat de Fribourg conclut au rejet du recours.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

1° La loi du 27 Août 1875 statue à son article 1er que les amendes, qu'elles soient prononcées par application d'une disposition du Code pénal ou d'une loi spéciale pour crimes, délits, contraventions, infractions de police ou mesures disciplinaires en faveur du fisc, de caisses spéciales, corporations ou de particuliers, constituent une peine dont l'exécution doit avoir lieu, ou par le payement de la somme fixée par le Juge ou l'autorité compétente, ou par la prison à défaut de payement.

L'art. 11 dispose que la conversion de l'amende en prison a lieu à raison d'un jour d'emprisonnement pour 4 francs d'amende, lorsqu'il s'agit de contraventions ou de peines disciplinaires.

A teneur des art. 7-14, l'exécution des jugements, arrêts ou décisions portant condamnation à une amende a lieu par les bureaux d'enregistrement, sous la surveillance des receveurs ; le Préfet est chargé de leur exécution, dans tous les cas où l'amende a été changée en emprisonnement ; à cet effet le receveur transmet chaque mois au Préfet la liste des condamnés qui n'ont pas exécuté le payement, et à partir de ce moment, le jugement portant condamnation à l'amende se trouve irrévocablement converti en jugement portant condamnation à la prison.

2° C'est contre ces dispositions que sont dirigés les divers griefs du recours, mais ils sont dénués de fondement.

En effet :

a) L'art. 7 de la Constitution fribourgeoise statue qu'aucune peine ne peut être infligée que par une autorité compétente, en application d'une loi et suivant les formes qu'elle prescrit.

Dans l'espèce, ces dispositions impératives ont été respectées : les art. 214 et 215 du code de procédure civile fribourgeois autorisent le juge à condamner soit le demandeur, soit le défendeur, en cas de défaut, à une amende de 4 à 6 fr. au profit de l'Etat. Le recourant, régulièrement cité en conciliation devant le Juge de Paix en application des principes contenus au Titre VII du dit Code, n'ayant pas comparu ni personne en son nom, il a été condamné à l'amende sus rappelée : cette condamnation émane ainsi sans contredit du Juge compétent, et a été prononcée en application de la loi. Il n'est pas même allégué que les formes légales prescrites n'aient pas été observées à ce sujet.

b) On ne voit pas en quoi pourrait consister la prétendue violation, par la loi de 1875, des art. 54, 59 et suivants de la Constitution cantonale, disposant, le premier, que le Conseil d'Etat est représenté dans chaque district par un Préfet, et les autres, que l'administration de la justice est exercée par les divers Tribunaux constitutionnels.

Le Préfet, en faisant subir la peine de la prison substituée à l'amende, n'opère point lui-même cette commutation, mais

ne fait qu'exécuter une disposition précise de la loi. Or il est hors de doute que les Cantons, souverains en matière pénale à teneur de la Constitution fédérale, ont le droit d'édicter une pareille conversion, pourvu toutefois, ainsi que le Tribunal fédéral l'a déjà prononcé, que cette transformation de peine soit prévue expressément par la loi. (Voir arrêt du 1er Février 1875 en la cause Reydellet, Rec. I, page 251.)

c) La loi dont est recours n'est pas davantage en désaccord avec l'art. 59, al. 3, de la Constitution fédérale. La conversion d'amendes en prison n'implique nullement une contrainte par corps, puisqu'elle n'a point pour but de forcer le débiteur à s'acquitter en argent, mais qu'au contraire elle a pour effet de substituer l'incarcération au payement, comme seul mode d'acquittement possible. De plus cet emprisonnement, une fois subi, entraîne l'extinction de la dette, tandis que la contrainte par corps laisse persister l'obligation du débiteur.

La prédite loi ne contient aucune violation de l'alinéa 1er du même article 59, voulant que pour réclamations personnelles le débiteur solvable ayant domicile en Suisse soit recherché devant le Juge de son domicile. Ce principe ne saurait empêcher la législation de Fribourg de convertir en prison, même vis-à-vis d'un condamné domicilié hors du Canton, une amende impayée, infligée par le juge fribourgeois compétent. Si une telle conversion n'était possible qu'à l'égard des citoyens habitant le canton, il résulterait de là une inégalité choquante, incompatible avec le principe proclamé à l'art. 4 de la Constitution fédérale.

d) C'est enfin à tort que le recourant veut voir dans la loi de 1875 une atteinte portée au principe de l'égalité devant la loi consacré à l'art. 9 de la Constitution cantonale, en ce que cette loi ne punirait de l'emprisonnement que les citoyens sans fortune.

Ce principe n'est nullement en contradiction avec la conversion en prison de l'amende qu'un citoyen ne peut, ou ne veut pas payer : l'égalité devant la loi recevrait, au contraire, une beaucoup plus forte atteinte dans le système du recou-

rant, selon lequel les individus ne pouvant ou ne voulant pas payer se trouveraient, par le fait, seuls exemptés de toute peine.

3° Le recours n'est pas mieux fondé dans ses critiques contre la constitutionnalité de l'arrestation du 5 Juin 1880.

Witschy n'a point contesté, dans les délais légaux, la compétence du Juge qui l'a condamné; le jugement du 11 Août 1879 étant devenu exécutoire, le recourant est mal venu d'arguer d'arbitraire son exécution conformément à la loi.

Witschy n'a, enfin, pas à se plaindre d'un traitement autre que celui qui eût été réservé, dans les mêmes circonstances, à un ressortissant du Canton de Fribourg. Rien ne permet de supposer que, dans un cas identique, les autorités cantonales que cela concerne n'agissent pas de même à l'égard des Fribourgeois, domiciliés dans un autre canton.

Par ces motifs :

Le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est écarté comme mal fondé.

VI. Vollziehung kantonaler Urtheile.

Exécution de jugements cantonaux.

65. *Arrêt du 26 Juillet 1880 dans la cause Neuchâtel contre Fribourg.*

Jean-Alphonse Michel, originaire de Maules (Fribourg) s'est marié le 29 Mai 1865 à Sales (Gruyère) avec Anne-Marie-Cécile née Monney, et de ce mariage sont nés plusieurs enfants. Il n'y a jamais eu de divorce prononcé entre ces époux. Michel, ayant quitté sa femme, est venu s'établir fromager à la Chaux du Milieu (Neuchâtel), où, en se faisant passer pour célibataire, il contracta un nouveau mariage, le 11 Novembre 1874, avec Evodie-Jenny Jeanneret. De ce mariage sont issus

deux enfants, nés, le premier, le 26 Novembre 1874 et le second, le 19 Juillet 1876.

Ensuite de plainte portée contre Michel, celui-ci fut condamné, le 5 Octobre 1876, à deux ans de détention pour crime de bigamie.

Le Procureur-général du Canton de Neuchâtel ayant poursuivi d'office, à teneur de l'art. 51 de la loi fédérale sur l'état civil, la nullité du second mariage de Michel, le Tribunal d'arrondissement du Locle le prononça par jugement du 28 Septembre 1877, en réservant toutefois, à l'égard de la femme et des enfants, les dispositions de l'art. 55, 2e alinéa de la loi fédérale sur l'état civil et le mariage précitée. Le jugement porte il est vrai, par erreur, que le mariage sera valable en faveur de Evodie-Jenny Janneret *et de l'enfant* né du dit mariage, mais un second jugement du même Tribunal, du 28 Juillet 1879 relève l'inexactitude contenue dans le premier et statue que le mariage annulé produira les effets d'un mariage valable à l'égard d'Evodie-Jenny Jeanneret et des *deux enfants* qui sont nés du dit mariage.

Par office du 15 Août 1879, le Conseil d'Etat de Neuchâtel expose au Gouvernement de Fribourg les faits qui précèdent, et l'invite, dans le but de régulariser la position de la seconde femme de Michel au point de vue du droit civil, à vouloir intervenir auprès de la Commune de Maules pour faire obtenir à la fille Jeanneret femme Michel et à ses enfants les actes d'origine auxquels ils ont droit.

Par lettre du 27 Septembre suivant, la Commune de Maules informe la Direction de Justice de Fribourg qu'elle estime n'être pas tenue de reconnaître les enfants Michel, et conteste toute compétence aux Tribunaux neuchâtelois pour leur attribuer un droit de cité fribourgeois : elle ajoute que, quant au fond, la reconnaissance faite par Michel de ses enfants adultérins ne peut en tous cas pas valoir contre la Commune de Maules, et dit qu'il y a lieu de renvoyer l'Etat de Neuchâtel à se pourvoir devant les Tribunaux fribourgois, s'il s'y estime fondé.

Par office du 7 Novembre 1879, le Conseil d'Etat de Fri-

bourg transmet cette réponse au Gouvernement neuchâtelois, en lui faisant observer que le jugement rendu par le Tribunal neuchâtelois le 28 Septembre 1877 ne renferme dans son prononcé aucune disposition à la charge de la Commune de Maules, qui d'ailleurs n'a jamais été appelée en cause.

Le 10 Octobre 1879, la femme Michel née Jeanneret a mis au monde un enfant illégitime qui fut inscrit à l'état civil sous le nom de Jeanneret.

Par demande adressée au Tribunal fédéral le 17 Mars 1880, l'Etat de Neuchâtel conclut : 1° à ce que le jugement des tribunaux neuchâtelois dont il s'agit soit appliqué dans le canton de Fribourg et 2° en conséquence à ce que la Commune de Maules soit contrainte de délivrer des actes d'origine :

a) A la femme Evodie-Jenny Michel née Jeanneret ;

b) Aux deux enfants légitimes Jenny-Aline Michel et Marie-Louise Michel ;

c) A l'enfant illégitime Charles-Alphonse Michel.

A l'appui de ces conclusions, l'Etat demandeur fait valoir ce qui suit :

Il s'agit ici de deux enfants légitimes, nés pendant le mariage ; ils sont fondés à se prévaloir de la loi fédérale et du jugement rendu le 28 Septembre 1877. L'art. 55 de cette loi doit être appliqué : le mariage a été contracté de bonne foi de la part de la femme Michel-Jeanneret. La Commune de Maules ne peut donc leur refuser le droit de cité. Le mariage en question a été célébré publiquement et sa légalité ne peut être attaquée : ayant été contracté dans le District du Locle, c'est devant le Tribunal de ce District que l'instance tendant à son annulation devait être ouverte ; ce tribunal devait aussi prononcer sur la question de savoir si l'un des époux a été de bonne foi et si les effets civils du mariage doivent être maintenus en sa faveur et en faveur des enfants : or le premier de ces effets civils c'est l'indigénat cantonal et communal.

Aucune prescription légale n'obligeait l'Etat de Neuchâtel à appeler en cause la Commune de Maules. Le droit de cité communal est une conséquence imprescriptible de la posses-

sion d'état et de la filiation. Enfin l'enfant illégitime qu'Evodie-Jenny Michel née Jeanneret a mis au monde en Octobre 1879 doit être inscrit dans les registres d'état civil non sous le nom de Jeanneret, mais sous celui de Michel, nom patronymique de la mère.

Dans sa réponse l'Etat de Fribourg, sans entrer en matière sur le fond du procès, et abandonnant à la Commune de Maules le soin de faire valoir ses moyens de fait et de droit, conclut à ce qu'il plaise au Tribunal fédéral renvoyer l'Etat de Neuchâtel à se pourvoir auprès du Tribunal Cantonal de Fribourg en application de l'article 653 du Code de procédure civile fribourgeois.

La Commune de Maules, dans sa réponse du 10 Mai 1880 conclut également en première ligne à ce que le Tribunal fédéral se déclare incompétent et renvoie en l'état de la cause le Conseil d'Etat de Neuchâtel à se pourvoir devant le Tribunal Cantonal fribourgeois, et, subsidiairement, à ce que les conclusions prises en demande par le Conseil d'Etat de Neuchâtel soient écartées, attendu :

a) Que les jugements des Tribunaux neuchâtelois ne peuvent adjuger des droits de cité, de bourgeoisie à la charge d'une commune fribourgeoise ;

b) Que ces jugements violent du reste les concordats en vigueur au moment où le mariage, objet du litige, a été contracté ;

c) Qu'ils méconnaissent les dispositions substantielles prescrites par le Code neuchâtelois pour la célébration du mariage ;

d) Qu'ils sont du reste absolument nuls en la forme et de par le juge par lequel ils ont été rendus.

Dans sa réplique, l'Etat de Neuchâtel modifie sa première conclusion en ce sens qu'il plaise au Tribunal fédéral « ordonner au Canton de Fribourg » de faire délivrer par la Commune de Maules les actes d'origine qui lui sont réclamés.

Dans leurs Dupliques, l'Etat de Fribourg et la Commune de Maules reprennent leurs conclusions primitives.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

Il existe bien, dans l'espèce, une contestation entre deux Cantons, ou entre deux Communes appartenant à des Cantons différents, relative à un droit de cité litigieux, puisque d'une part l'Etat de Neuchâtel conclut à ce que l'Etat de Fribourg, soit la Commune de Maules, reconnaisse la seconde femme de Jean-Alphonse Michel et ses enfants en qualité de bourgeois et leur délivre des actes d'origine, et que d'autre part, la Commune de Maules et l'Etat de Fribourg s'y refusent.

Le Tribunal fédéral ne peut toutefois actuellement entrer en matière en ce qui concerne ce droit de cité : en effet il ne se trouve pas en présence d'une action civile aux termes de l'article 27 dernier alinéa de la loi sur l'organisation judiciaire fédérale. En réalité il s'agit d'une contestation de droit public : l'Etat recourant invoque lui-même les articles 57 de la loi sur l'organisation judiciaire précitée, et 61 de la Constitution fédérale, estimant que le jugement du Tribunal du Locle doit être exécuté, en vertu de ce dernier article, par les autorités fribourgeoises.

L'article 57 susvisé n'est pas applicable. Il n'existe pas, dans le cas actuel, de contestation de nature de celles énumérées dans cet article, et en particulier aucune question de compétence pendante entre les autorités de Neuchâtel et de Fribourg.

Quant à l'article 61 de la Constitution fédérale, si les recrants estiment que le jugement rendu par les Tribunaux neuchâtelois tranche d'une manière définitive en leur faveur la question du droit de bourgeoisie, et s'ils veulent en poursuivre l'exécution, ils doivent, selon une pratique constamment consacrée, le faire devant l'autorité cantonale fribourgeoise compétente pour statuer sur la force exécutoire des jugements émanés de Tribunaux étrangers au Canton, c'est-à-dire, aux termes de l'article 653 du Code de procédure Civile de Fribourg devant le Tribunal Cantonal. (Voyez arrêts du Tribunal fédéral dans les causes Ernst-Rieter et Ce, Recueil II, pages 415 et suivantes ; Muff, III, 647 et suiv.) La circonstance que c'est le Conseil d'Etat qui agit en lieu et place et au nom de la femme Michel-Jeanneret et de ses en-

fants, ainsi que de la Commune de la Chaux du Milieu, ne saurait rien changer à cette obligation.

Aucune demande semblable n'ayant été adressée jusqu'ici au Tribunal Cantonal de Fribourg, le Tribunal fédéral ne peut examiner ni résoudre la question de la force exécutoire du jugement dont il s'agit.

Le gouvernement de Neuchâtel, et la Commune de la Chaux du Milieu en ce qui la concerne, peuvent néanmoins porter devant le Tribunal fédéral, aux termes de l'article 27 dernier alinéa de la loi sur l'organisation judiciaire fédérale et à titre de contestation civile, le différend relatif au droit de cité litigieux.

Par ces motifs :

Le Tribunal fédéral

prononce :

Il n'est pas entré en matière sur la requête de l'Etat de Neuchâtel.

Zweiter Abschnitt. — Deuxième section.

Bundesgesetze. — Lois fédérales.

Unzulässige Rekurse. — Recours inadmissibles.

66. *Arrêt du 23 Juillet 1880 dans la cause de la Corbière.*

Charles Grenier, négociant à Bex et Benjamin de Rivaz à Saint-Gingolph (Valais), ont par convention passée à Saint-Gingolph le 28 Avril 1876, loué aux sieurs Benoit de la Corbière, banquier à Genève, et Dumont entrepreneur à Bellegarde (France) des immeubles qu'ils possédaient aux Martinets, commune de Saint-Gingolph ; le bail fut conclu pour le terme de dix ans et pour le prix de 800 fr. pendant 4 ans et de 1100 fr. pour les 6 années suivantes, payable au commencement de chaque semestre.

La dite convention stipule entre autres que le moteur et les transmissions, à établir par les preneurs conformément à un plan approuvé par les bailleurs, deviendront la propriété de ces derniers à l'expiration du bail, et même pour le cas où les prédits preneurs viendraient à résilier au bout de trois mois, à teneur d'un article additionnel annexé à la convention. Celle-ci porte en outre que toute contestation au sujet du bail sera réglée sans appel par deux arbitres nommés d'un commun accord par les parties, lesquels s'en adjoindront un troisième, et qu'à défaut d'entente, le Président du Tribunal de Commerce de Genève pourvoira à cette nomination.

De la Corbière paya le prix de location pour une année, soit jusqu'au 28 Avril 1877, prit possession des immeubles

loués et y fit transporter des outils et engins en vue de l'installation d'une usine de ciments hydrauliques. Avant la pose des dits engins, de la Corbière fut déclaré en état de faillite par jugement du Tribunal de Commerce de Genève du 28 Décembre 1876.

Dans le courant de Janvier 1877, les bailleurs Grenier et de Rivaz imposent séquestre sur tous les meubles, effets, et objets quelconques placés dans les lieux loués.

Le 7 Octobre 1879, les représentants des deux parties déclarent, devant le Tribunal Civil du District de Monthey, remettre en conformité de la clause susvisée du bail, le jugement de tous les différends quelconques qui existent ou pourraient survenir entre elles, à un Tribunal arbitral seul compétent, et composé de trois membres (MM. Broye, juge fédéral à Lausanne, Ruchonnet, avocat à Lausanne, et Gay, notaire à Genève). Les dits représentants ajoutent que « les » arbitres régleront le mode de procéder et fixeront le siège » du Tribunal, les pouvoirs les plus étendus leur étant re- » connus aux effets ci-dessus. »

Par mémoire du 19 Février 1880, Grenier et de Rivaz ont conclu, devant ce tribunal arbitral, à ce qu'il lui plaise prononcer :

« 1° Que les mécanismes destinés à la roue et aux trans- » missions et déposant actuellement à l'usine des Martinets » soient délivrés aux demandeurs dans l'état où ils se trou- » vent, comme étant leur propriété en vertu du bail.

» 2° Que la masse de la Corbière doit leur payer au taux » convenu de 800 fr. par an le loyer couru dès le 28 Avril » 1877 jusqu'au jour où sera rendu le jugement à intervenir, » lequel devra en outre prononcer la résiliation du bail du » 28 Avril 1876, par suite de la non-exécution par les pre- » neurs des engagements qu'il leur imposait, — à moins » toutefois que la masse ne fournisse aux demandeurs un » preneur, offrant des garanties suffisantes, qui s'engage à » continuer le bail aux conditions qui y ont été stipulées.

» 3° Que, à titre d'indemnité pour la résiliation anticipée » du bail rendue nécessaire par la faillite du sieur de la Cor-

» bière, ainsi que pour la partie des travaux convenus qui
» n'a pas été exécutée, la dite masse doit leur payer une
» somme que MM. les arbitres voudront bien apprécier et
» que les demandeurs évaluent à 6100 fr. à savoir :

» *a*) 2700 fr. pour augmentation qu'il convient de faire
» sur le taux de 3 années de loyer encore impayées, ce taux
» devant être non de 800 fr. par an, mais de 1700 fr. qui
» est la moyenne annuelle vraie des prestations imposées aux
» preneurs par le bail ;

» *b*) 3400 fr. pour deux ans de loyer, calculés au même
» taux de 1700 fr. à titre d'indemnité de résiliation reconnue
» et offerte par la masse de la Corbière elle-même. »

» 4° Que cette masse doit en outre rembourser aux deman-
» deurs la part d'impôts cantonaux et communaux qu'ils ont
» payée à la décharge des preneurs, par la somme de
» 231,52 fr. »

La masse défenderesse a, de son côté pris les conclusions suivantes par l'organe de son syndic Cherbuliez : Plaise aux arbitres :

« Ordonner la main levée du séquestre pratiqué par
» MM. de Rivaz et Grenier, dire et prononcer que la faillite
» Benoit de la Corbière reprendra la libre possession et
» jouissance de tous les objets mobiliers déposés par le failli
» dans la propriété du demandeur au Martinet. »

» Donner acte à M. Cherbuliez de sa déclaration qu'il est
» prêt à admettre les sieurs de Rivaz et Grenier par privi-
» lège au passif du sieur Benoit de la Corbière pour deux
» années de loyer, et en leur en payer comptant le montant,
» débouter les demandeurs de toutes leurs conclusions et les
» condamner aux dépens d'instance et d'arbitrage et réserver
» à la faillite B. de la Corbière tous ses droits contre le sieur
» Dumont. »

Par jugement du 24 Février 1880, les arbitres, tout en reconnaissant le droit de privilège des demandeurs sur les objets garnissant les lieux loués (Code Civil du Valais, art. 1858), ont prononcé :

« 1° La première conclusion de la demande est repoussée.

» En conséquence le séquestre imposé par les demandeurs » est levé pour autant que son but était de sauvegarder les » prétendus droits de propriété des sieurs Grenier et de Rivaz » sur les objets séquestrés.

» 2° La masse défenderesse est condamnée à payer aux » demandeurs 2400 fr., montant du prix du bail dès le » 28 Avril 1877 au 28 Avril 1880.

» 3° Au cas de résiliation, l'indemnité à payer par la dé- » fenderesse aux demandeurs est fixée à 3700 fr., se décom- » posant comme il est dit dans les considérants du juge- » ment.

» 4° La défenderesse restituera en outre à MM. Grenier et » de Rivaz la somme de 231 fr. 52 c.; montant des impôts » payés par ceux-ci à sa décharge. »

C'est contre ce jugement que la masse de la Corbière a recouru, le 2 Avril 1880, au Tribunal fédéral.

La recourante estime que les arbitres ont outrepassé leur mission et que le jugement qu'ils ont rendu l'a été en violation des concordats intervenus entre les cantons le 15 Juin 1804 et 7 Juin 1810, l'un et l'autre confirmés le 1er Juillet 1818, ainsi que des art. 550 de la loi genevoise sur les faillites du 19 Octobre 1861 et 1858 du Code Civil du Canton du Valais.

La masse de la Corbière conclut à ce qu'il plaise au Tribunal fédéral :

Réformer la dite sentence arbitrale et statuant à nouveau et en conformité de l'art. 550 précité, dire et prononcer que MM. Grenier et de Rivaz seront admis au passif de la faillite, par privilège sur le prix des objets mobiliers qu'ils avaient séquestrés, pour deux années de loyer seulement, soit pour la somme de 1600 fr.

Dire encore et prononcer que pour toutes les autres sommes à eux adjugées par la sentence arbitrale du 24 Février, les demandeurs sont sans droit de préférence vis-à-vis de la masse, mais qu'ils seront admis au passif chirographaire et qu'ils concourront avec les autres créanciers aux répartitions à faire à leurs créances respectives.

Dans leur réponse, MM. Grenier et de Rivaz concluent: 1° en première ligne à ce qu'il plaise au Tribunal fédéral se déclarer incompétent en la cause, attendu qu'à teneur de l'art. 59 lettre *b* de la loi d'organisation judiciaire, un recours ne peut être adressé au Tribunal fédéral que contre des décisions d'autorités cantonales, et qu'un tribunal arbitral ne saurait être assimilé à une telle autorité, ni même à aucune autorité constituée par l'Etat. 2° Subsidiairement, au rejet du recours au fond, par le motif que ce n'est que la loi valaisanne qui peut régir l'interprétation du bail du 28 Avril 1876, conclu, signé et exécuté en Valais et se rapportant à un établissement industriel sis dans ce Canton.

Dans sa réplique, la masse de la Corbière reprend les conclusions de son recours et demande, pour le cas où le Tribunal fédéral se déclarerait incompétent, à ce qu'il lui soit donné actes des réserves qu'elle fait de se pourvoir contre la sentence arbitrale du 24 Février par tous les moyens de droit, à supposer que le Juge valaisan, excédant sa compétence, venait à déclarer cette sentence exécutoire dans son entier.

Dans leur duplique, les défendeurs au recours reproduisent également les conclusions de leur réponse.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

Sur l'exception d'incompétence :

Le Tribunal fédéral, aux termes de l'art 59 de la loi d'organisation judiciaire fédérale connaît des recours présentés par les particuliers et les corporations concernant :

a) La violation des droits qui leur sont garantis soit par la Constitution, soit par la législation fédérale, soit par la constitution de leur canton ;

b) La violation de conventions et concordats intercantonaux, lorsque ces recours sont dirigés contre des décisions d'autorités cantonales.

Or le recours du syndic de la masse de la Corbière vise un jugement rendu par des arbitres, institués ensuite d'une convention signée entre parties le 28 Avril 1876, et confirmée par déclaration faite en justice le 7 octobre 1879. Un tel

Tribunal ne peut être considéré comme une autorité cantonale dans le sens de l'art. 59 précité.

Ainsi que l'a déjà prononcé l'arrêt du Tribunal fédéral du 3 Avril 1880 en la cause Gothard c. L. Favre, la constitution et la compétence d'un tribunal d'arbitres procèdent uniquement du concours de la volonté des parties, consigné dans le compromis arbitral librement accepté par elles, en vertu d'une faculté que la loi leur accorde, et ces arbitres n'exercent ainsi point leurs fonctions comme autorité constituée par l'Etat.

L'exception d'incompétence est admise.

Quant à la réserve formulée en réplique par le syndic de la masse de la Corbière pour un recours éventuel qu'elle pourrait interjeter contre des décisions futures d'autorités judiciaires cantonales, il n'y a pas lieu d'obtempérer à cette requête, le droit de recours au Tribunal fédéral pouvant toujours et en tout temps être exercé conformément à la loi fédérale.

Par ces motifs :

Le Tribunal fédéral

prononce :

Il n'est pas entré en matière, pour cause d'incompétence, sur le recours interjeté par le syndic de la faillite B. de la Corbière.

Dritter Abschnitt. — Troisième section.

Konkordate. — Concordats.

Testirungsfähigkeit und Erbrechtsverhältnisse.

Capacité de tester et questions de successions.

67. Urtheil vom 23. Juli 1880 in Sachen Munzinger.

A. Am 3. Oktober 1876 verstarb in Luzern der seit einer Reihe von Jahren dort niedergelassene Vater der Rekurrenten, Oberstlieutenant Konrad Munzinger von Olten, mit Hinterlassung einer Wittwe Elise geb. Wyß und von sechs Kindern, nämlich der Söhne Arnold und Theodor und der vier Töchter Emma, Bertha, Luisa und Agnes Munzinger, nunmehr verehelichter Senn. Schon bei Lebzeiten des Ehemannes hatten die Ehegatten Munzinger mit ihren Kindern eine Theilung abgeschlossen, wodurch sie denselben ihr Vermögen mit Ausnahme des Hofgutes Lützelmatt in Luzern und der dort befindlichen Fahrhabe abtraten. Gleichzeitig war zwischen den vier Töchtern einerseits und den Söhnen andererseits ein Abtretungsvertrag abgeschlossen worden, laut welchem die erstern den letztern ihre Antheile an dem von den Eltern abgetretenen Vermögen überließen, letztere dagegen die Bezahlung der darauf haftenden Schulden und die Ausrichtung eines Schleißes an die Eltern übernahmen, ohne den Schwestern eine Vergütung zu bezahlen. Mit Rücksicht hierauf hatte nun der Ehemann Munzinger testamentarisch verfügt, daß nach seinem Tode und demjenigen seiner Ehefrau den Töchtern das lebenslängliche Nutznießungsrecht an dem Hofgute Lützelmatt sammt den beim Absterben des Testators darauf be-

findlichen Gebäulichkeiten, Effekten und Viehwaare nach den Bestimmungen der solothurnischen Gesetzgebung zustehen solle, wogegen dieselben alle auf der Liegenschaft haftenden Schulden zu verzinsen haben. Durch dieses Nutznießungsrecht sollte das gleiche Erbrecht der Töchter an der gesammten Verlassenschaft nicht ausgeschlossen werden. Bei der nach dem Tode des Testators stattgefundenen Erbverhandlung erklärten sämmtliche Erbinteressenten, daß sie das hinterlassene Testament unbedingt anerkennen, sowie daß sie eine Ausscheidung des eigenen Vermögens des Erblassers von demjenigen seiner Wittwe dermalen nicht verlangen und daß der letztern auf Lebenszeit die Nutznießung des gesammten Nachlasses und infolge dessen auch die ungestörte Vermögensverwaltung überlassen sei. Eine Theilung wurde demgemäß nicht vorgenommen und es erklärten auch die Erben, daß sie über den Bestand des Nachlasses ein Privatinventar, ohne amtliche Mitwirkung, errichten wollen. Letzteres geschah denn auch und es wurde von dem errichteten Inventar im Theilungsprotokolle des Stadtrathes von Luzern Vormerkung genommen.

B. Nachdem am 26. November 1876 auch die Wittwe Munzinger geb. Wyß in Luzern gestorben war, wurde über den Nachlaß ein amtliches Inventar aufgenommen. Bei der Inventarverhandlung wurden von Seiten sämmtlicher Erben in Bezug auf die Theilung des Nachlasses gewisse Vorbehalte gemacht. Insbesondere erklärten die Rekurrenten, daß sie zwar das Nutznießungsrecht ihrer Schwestern an dem Hofgute Lützelmatt nach Inhalt des väterlichen Testamentes anerkennen, daß sie aber eine neue obergerichtliche Schatzung verlangen und sich das nach § 529 des solothurnischen Civilgesetzbuches den Söhnen zustehende Recht, die Liegenschaften der Eltern um einen billigen Preis zu übernehmen, vorbehalten, und daß sie im Fernern ebenso eine obergerichtliche Schatzung der Fahrhabe verlangen, und sich unter Vorbehalt des Vorzugsrechtes der Nutznießer gemäß § 750 und 751 des solothurn. Civilgesetzbuches das Recht vorbehalten, dieselbe um einen die Schatzung übersteigenden Preis an sich zu ziehen. Seitens der Schwestern Munzinger dagegen wurde erklärt, daß sie gestützt auf das väterliche Testament den beiden Söhnen das Recht zur Uebernahme der Liegenschaften im Sinne des § 529

des solothurnischen Civilgesetzbuches bestreiten, ebenso auch das Recht zur Erwerbung der Fahrhabe und daß sie sich daher der Vornahme einer obergerichtlichen Schatzung widersetzen. Da auch bei einer zweiten Verhandlung die Erben sich über den Theilungsmodus nicht verständigen konnten, so wurde am 21. August 1877 durch den Amtsschreiber von Olten die Theilung bis nach erfolgtem richterlichen Entscheide vertagt. Mit Civilklage vom 8. November 1877 stellten nun Samuel Senn, Ingenieur von Zofingen, in Luzern, Namens seiner Ehefrau Agnes geb. Munzinger, Emma und Bertha Munzinger beim Amtsgericht Olten-Gösgen gegenüber den Rekurrenten Arnold und Theodor Munzinger die Begehren: Die Verantworter sind gehalten, mit den Klägern über den Rücklaß der Eltern Oberst Konrad Munzinger des Vaters und Elise geb. Wyß der Mutter in der Weise Theilung zu verpflegen: a. daß die vorhandene liquide Habschaft, soweit es die in Beweissatz 8 der Klage verzeigten Beweglichkeiten, Baarschaft und Gülten betrifft, unter die sämmtlichen Erbsinteressenten zu gleichen Theilen, jedoch so vertheilt werde, daß die Kläger und ihre Schwester und Schwägerin Fräulein Luisa Munzinger für Rechnung ihrer Erbgebühr vorab gleichmäßig auf die vorhandenen bereits schleißweise in ihrem Besitz in Luzern sich befindlichen Beweglichkeiten für den Schatzungswerth von 4196 Fr. 10 Cts. angewiesen werden; b. daß die zur Erbschaftsmasse gehörende und in Beweissatz 8 der Klage genau beschriebene Liegenschaft zirka 6 Jucharten Lützelmatt und Bachtobel im Quartier Hof in Luzern, sammt Gebäuden Nr. 650ª und 650ᵇ mit Inventarschätzung von 121 143 Fr. 50 Cts. unter den im Testamente des Vaters und Erblassers Oberst Konrad Munzinger sel. aufgestellten Bedingungen dem Nutzungsrechte der Kläger und mitberechtigten Schwester und Schwägerin, Fräulein Luisa Munzinger, unterstellt bleiben und deßhalb unvertheilt belassen werden soll und ferner sodann: c. ist gerichtlich zu erkennen, es bilde das benannte, zum Rücklasse des Oberst Konrad Munzinger sel. gehörende Hofgut Lützelmatt und Bachtobel sammt Gebäuden in Luzern gemeinschaftliches Eigenthum der sämmtlichen Geschwister Munzinger und es seien dieselben im Katasterbuch der Stadtgemeinde Luzern als gemein-

schaftliche Eigenthümer einzutragen und es sei das gedachte Hofgut Lützelmatt und Zubehörde bei dem einstigen Aufhören des bestehenden Nutznießungsrechtes, resp. bei einem allfälligen Verkaufe desselben der daherige Erlös, abzüglich der dermalen darauf haftenden Schulden, unter die sämmtlichen Geschwister Munzinger zu gleichen Theilen zu vertheilen. Der durch diese Klage eingeleitete Prozeß wurde zu Gunsten der Kläger und heutigen Rekursbeklagten erledigt, und zwar, soweit es die Rechtsbegehren sub a und b anbelangt, durch Anerkennung der Beklagten und gegenwärtigen Rekurrenten, soweit es das Rechtsbegehren sub c anbelangt, durch rechtskräftig gewordenes Urtheil des Amtsgerichtes Olten-Gösgen vom 23. August 1878.

C. Hierauf gestützt wurde von der Amtsschreiberei Olten-Gösgen die Bildung der Theilungsmasse vorgenommen. Das daherige Inventar vom 15. November 1878 verzeigt:

An Aktiven	Fr.	181998 74
An Passiven	„	24190 53
Somit reines Vermögen	Fr.	157808 21

so daß der Erbtheil jedes der sechs Theilungsinteressenten auf 26 301 Fr. 35 Cts. festgesetzt wurde. Dieses Inventar wurde indeß von den Rekurrenten, welche bei den bisherigen Verhandlungen nicht mitgewirkt hatten, nicht unterzeichnet; vielmehr gaben dieselben am 17. März 1879 gewisse Rechtsvorbehalte zu Protokoll und machten diese Vorbehalte mit Klage vom 27. Mai 1879 gerichtlich geltend. Auf Begehren der Rekursbeklagten, welche gestützt auf das amtsgerichtliche Urtheil vom 23. Oktober 1878 Vornahme der Theilung verlangten und die Feststellung der Anweisungen der Amtsschreiberei anheimstellten, nahm aber letztere nichtsdestoweniger die Theilung vor und stellte am 9. und 10. Oktober 1879 den Theilungsinteressenten die Theilzeddel zu. Diese Theilzeddel wurden indeß von den Rekurrenten, da ihre Rechtsvorbehalte bei deren Aufstellung keine Berücksichtigung gefunden hatten, nicht anerkannt; vielmehr stellten sie dieselben schließlich mit Notifikation vom 16. Juli 1880 der Amtsschreiberei zurück und verlangten, daß auch die den übrigen Erben

ausgehändigten Theilzeddel wieder eingefordert werden, da Inventar und Theilung nicht, was unbedingt erforderlich sei, von sämmtlichen Erben unterzeichnet worden seien. Da der Amtsschreiber von Olten-Gösgen letzterem Begehren keine Folge gab, so reichten die Rekurrenten gegen denselben eine Strafklage wegen böswilliger Verletzung der Amts- und Dienstpflicht ein.

D. In ihrer gegenüber den Rekursbeklagten angestellten Civilklage vom 27. Mai 1879 hatten die Rekurrenten das Rechtsbegehren gestellt: A. Es soll das Inventar über Elise Munzinger geb. Wyß sel., Wittwe des Herrn Konrad Munzinger, Oberstlieutenant in Luzern, vom 29. Dezember 1876 und 15. November 1878 in der Weise redressirt werden, daß I. eine Ausscheidung des väterlichen und mütterlichen Vermögens stattfindet und daß das väterliche Gut, so weit es nicht durch das Testament vom 21. Februar 1864 der Nutznießung der Schwestern Emma, Bertha und Luisa Munzinger unterstellt ist, sowie das mütterliche Gut zur sofortigen Vertheilung unter die sämmtlichen Erben gelangen; II. daß in dem sub I erwähnten Inventarium nachfolgende Posten unter Habschaft aufgenommen, resp. von den betreffenden Schuldnern nachfolgende Beträge in die Erbsmasse eingeworfen werden: 1. Guthaben laut Kaufvertrag vom 11. November 1871 an den Geschwistern Emma, Bertha und Agnes Munzinger im Betrage von 20 000 Fr., abzüglich der durch den bezüglichen Landverkauf den Verkäufern verursachten Meß- und Fertigungskosten, sowie des durch den Kauf auf den Käufer Herrn Gilli-Bucher übertragenen Antheils der auf dem Hofgute lastenden Hypothekarschulden im Betrage von 806 Fr. 40 Cts. und zwar:

a. 5000 Fr. Baarzahlung des Käufers vom 11. November 1877;

b. 6000 Fr. Guthaben laut drei auf der verkauften Landparzelle durch den Käufer Gilli-Bucher errichteten Gülten von je 2000 Fr. an Herrn Gilli-Bucher, nunmehr dessen Wittwe;

Eventuell:

Die daherigen Instrumente sind von den Verantwortern der Amtsschreiberei zu Handen der Erbsmasse herauszugeben, eventuell:

Es sollen dieselben nach §§ 78 bis 80 des luzernischen Gesetzes über Errichtung von Hypothekarinstrumenten amortisirt und an deren Stelle gemäß Kaufvertrag vom 11. November 1871 drei neue Instrumente zu Gunsten von Konrad Munzinger sel. Erben errichtet werden;

c. 8193 Fr. 60 Cts., welche in vier verschiedenen Terminen durch Gilli-Bucher bezahlt wurden.

2. Guthaben an den Geschwistern Emma und Bertha Munzinger und Samuel Senn uxoris nomine Agnes Munzinger für Abtretung von Wasser laut Beweissatz 6 und 7 im Betrage von 1500 Fr.

3. Guthaben an Emma Munzinger im Betrage von 1200 Fr. Rückvergütung von ab 3 Gülten im Betrage von 6000 Fr. bezogenem Zins pro 1873, 74, 75 und 76.

4. Guthaben an Emma Munzinger im Betrage von 600 Fr. Rückvergütung von ab 3 Gülten im Betrage von 6000 Fr. bezogenem Zins pro 1877 und 78.

5. Guthaben an Bertha Munzinger im Betrage von 4551 Fr. 92 Cts. für bezogene Gelder.

6. Guthaben an Samuel Senn Munzinger uxoris nomine im Betrage von 5345 Fr. 82 Cts. für bezogene Gelder.

Eventuell:

III. Es sollen die sub II, 3, 5 und 6 genannten Beträge von den betreffenden Schuldnern, so weit dadurch eine Verletzung des Pflichttheils stattgefunden hat, in die Erbsmasse eingeworfen, resp. in dem sub I genannten Inventar unter die Habschaft aufgenommen werden.

B. u. s. w. Die Beklagten setzten dieser Klage eine Einrede entgegen, dahin schließend: Die Verantworter und Incidentalkläger seien nicht gehalten, einläßlich Rede und Antwort zu ertheilen, indem sie geltend machten: Was das Begehren um Ausscheidung des väterlichen und mütterlichen Vermögens anbelange, so sei dasselbe unstatthaft, da eine solche Ausscheidung unmöglich sei, überdem die Kläger auf eine solche ausdrücklich und stillschweigend mehrfach verzichtet haben und die daherigen Streitpunkte, da in dem zwischen den Litiganten obgewalteten, durch amtsgerichtliches Urtheil vom 23. August 1878 erledigten Rechts-

streite die Kläger (damaligen Beklagten) keinen sachbezüglichen Antrag gestellt und auch keinen Rechtsvorbehalt gemacht haben, durch das erwähnte Urtheil definitiv erledigt seien. Das Begehren um Vornahme der Theilung sei ein höchst überflüssiges, da ja die Theilung in gesetzlicher Weise bereits verpflogen sei. Was die weitern Forderungen der Kläger, wie sie in ihren Rechtsbegehren A Unterabtheilung II Ziffer 1 litt. a, b, c, 2, 3, 4, 5 und 6 gestellt seien, anbelange, so können dieselben weder mehr ins mütterliche Inventar, noch in die nach dem gerichtlich festgestellten Modus stattgefundene Theilung fallen, sondern es seien dies insgesammt persönliche Forderungen und zwar, weil dafür ein Solidarverhältniß zwischen den Beklagten nicht existire und die betreffenden Ansprüche überdies ungleich groß seien, Forderungen, die gegenüber den Beklagten nach Mitgabe des § 59 der Bundesverfassung dort geltend gemacht werden müssen, wo die vermeintlichen Schuldner wohnen. Sowohl das Amtsgericht Olten-Gösgen als auch das Obergericht des Kantons Solothurn, letzteres durch Urtheil vom 16. April 1880, sprachen den Beklagten den Schluß ihrer Einrede zu, indem sie einfach die von denselben vorgebrachte Begründung adoptirten.

E. Gegen diese Entscheidung des Gerichtes ergriffen die Kläger Arnold und Theodor Munzinger den Rekurs an das Bundesgericht, indem sie ausführten: Für die Frage, ob die von ihnen sub A II Ziffer 1—6 gestellten Rechtsbegehren persönliche Forderungen im Sinne des Art. 59 der Bundesverfassung enthalten oder ob sie gemäß dem Konkordate vom 15. Juli 1822 als Erbstreitigkeiten zu qualifiziren seien, sei lediglich der Tenor der Rechtsbegehren selbst entscheidend; es könne nun, da vermittelst der genannten Klagebegehren die Kläger gewisse Summen als zum Nachlasse der Eltern Munzinger gehörend reklamiren, gar nicht zweifelhaft sein, daß es sich hier um eine Erbstreitigkeit handle. Demnach liege in der Entscheidung des Obergerichtes des Kantons Solothurn vom 16. April 1880, wodurch dasselbe die Kompetenz zu Beurtheilung dieser Rechtsbegehren abgelehnt habe, eine unrichtige Anwendung des Art. 59 Abs. 1 der Bundesverfassung und eine Verletzung des Konkordates vom 15. Juli 1822 über Testirungsfähigkeit und Erbrechtsverhält-

nisse, weßhalb diese Entscheidung aufzuheben sei unter Kostenfolge.

Die Rekursbeklagten tragen in ihrer Vernehmlassung auf Abweisung des Rekurses unter Kostenfolge an, indem sie im Wesentlichen die bereits vor den kantonalen Instanzen vorgebrachten Gründe, unter ausführlicher Darlegung des Sachverhaltes, wiederholen und daraus den Nachweis zu erbringen versuchen, daß hier weder von einer unrichtigen Anwendung des Art. 59 der Bundesverfassung noch von einer Verletzung des Konkordates vom 15. Juli 1822 gesprochen werden könne; sie bemerken insbesondere noch, daß die von den Rekurrenten erhobenen Ansprüche auf Einwerfung bestimmter Summen in die Erbsmasse offenbar unbegründet seien, und das Vorgehen der Rekurrenten lediglich dem Bestreben, die Vollziehung der Theilung durch Erhebung neuer unabsehbarer Schwierigkeiten zu verzögern, entspringe; eine auch nur oberflächliche Vergleichung zwischen dem Inventar über die väterliche und die mütterliche Verlassenschaft zeige, daß z. B. der Erlös von 20 000 Fr. für eine verkaufte Landparzelle schon von der Wittwe Munzinger bestimmungsgemäß zur Abzahlung von Schulden verwendet worden sei. Die Forderungen der Rekurrenten seien denn auch durch Aufstellung des Inventars und der Theilung erledigt.

F. In ihrer Replik bestreiten die Rekurrenten die Ausführungen der Vernehmlassung, ohne etwas wesentlich neues anzubringen.

Die Rekursbeklagten dagegen halten duplikando an ihren frühern Anbringen fest, ebenfalls ohne wesentlich neue, zur Sache dienliche Argumente beizubringen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Es ist zunächst festzuhalten, daß der Rekurs, wie sich zwar nicht aus dem in der Rekursschrift gestellten Begehren, wohl aber aus dessen Begründung ergibt, die Entscheidung des Obergerichtes des Kantons Solothurn vom 16. April 1880 nur insoweit angreift, als sich dieselbe auf die sub A II und III der Klage vom 27. Mai 1879 gestellten Rechtsbegehren der Rekurrenten bezieht, nicht dagegen insoweit dieselbe das sub A I der Klage gestellte Rechtsbegehren anbelangt. Es ist denn auch der Rekurs

an das Bundesgericht nur in diesem Umfange statthaft. Denn in Bezug auf das gestellte erste Rechtsbegehren hat das Obergericht materiell endgültig entschieden, bezw. es hat, wie sich aus der Begründung des angefochtenen Entscheides ergibt, die Einrede der Beklagten, soweit es dieses Rechtsbegehren anbelangt, wesentlich deßhalb geschützt, weil über diese Punkte bereits durch das amtsgerichtliche Urtheil vom 23. August 1878 definitiv entschieden, also die Einrede der abgeurtheilten Sache begründet sei. Die Richtigkeit dieser Entscheidung zu prüfen wäre das Bundesgericht, da dabei lediglich die Anwendung kantonaler Gesetze in Frage liegt, nicht kompetent.

2. In Bezug auf die übrigen Rechtsbegehren der Rekurrenten dagegen hat das Obergericht des Kantons Solothurn die Einrede der Rekursbeklagten deßhalb für begründet erklärt, weil die solothurnischen Gerichte zu Beurtheilung dieser Rechtsbegehren nicht kompetent seien, bezw. es sich hier um persönliche Ansprachen im Sinne des Art. 59 Abs. 1 der Bundesverfassung handle, welche beim Richter des Wohnortes der Beklagten angebracht werden müssen. Die Rekurrenten behaupten nun, es liege in dieser Entscheidung eine unrichtige Anwendung des Art. 59 Abs. 1 der Bundesverfassung und eine Verletzung des Art. 3 des Konkordates über Testirungsfähigkeit und Erbrechtsverhältnisse vom 15. Juli 1822, welchem sowohl der Niederlassungskanton der Erblasser, der Kanton Luzern, als auch der Heimatkanton derselben, der Kanton Solothurn, beigetreten sind, denn es handle sich hier nicht um persönliche Ansprachen im Sinne des Art. 59 cit., sondern um eine Erbstreitigkeit, zu deren Beurtheilung nach Mitgabe des erwähnten Konkordates der Richter des Heimatkantons des Erblassers kompetent sei. Zu Prüfung dieser Frage ist das Bundesgericht nach Art. 113 Ziffer 3 der Bundesverfassung und Art. 59 litt. b des Gesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege zweifellos kompetent.

3. Die Entscheidung über den vorliegenden Rekurs hängt somit davon ab, ob die in Frage stehende Rechtsstreitigkeit als eine Erbstreitigkeit zu betrachten ist oder ob dieselbe lediglich die Geltendmachung rein obligatorischer Ansprüche gegenüber den Rekursbeklagten bezweckt. Bei Beantwortung dieser Frage ist nun

vorab darauf hinzuweisen, daß es sich ausschließlich darum handelt, die rechtliche Natur der Klage, wie sich dieselbe nach Mitgabe der Parteianbringen gestaltet, zu prüfen und demnach über den Gerichtsstand zu entscheiden, während auf die Frage, ob die eingeklagten Ansprüche materiell überhaupt begründet und ob dieselben nicht durch die Theilungsverhandlungen und das ergangene amtsgerichtliche Urtheil vom 23. August 1878 in einer für die Rekurrenten verbindlichen Weise beseitigt seien, nicht einzugehen ist. Diese Fragen sind nicht vom Bundesgericht anläßlich der Entscheidung über den Gerichtsstand, sondern von dem in der Sache selbst zuständigen Gerichte bei materieller Entscheidung der Streitsache zu prüfen und zu lösen. (Vergl. Entscheid des Bundesrathes i. S. Erben Lieberherr; Ullmer, Staatsrechtl. Praxis I Nr. 556, bes. S. 484.) Dasjenige also, was die Parteien in dieser Richtung ausgeführt haben, fällt, als für die Entscheidung der vorliegenden Frage völlig unerheblich, von vornherein außer Betracht.

4. Wenn nun Art. 3 des Konkordates vom 15. Juli 1822 vorschreibt, daß die Beerbung eines Niedergelassenen ab intestato und aus Testamenten (mit Ausnahme der Frage nach der zu Errichtung eines Testamentes erforderlichen Form) nach den Gesetzen des Heimatkantons des Erblassers sich richte, daß dies auch in Bezug auf Erbtheilungen gelte und daß infolge dieses Grundsatzes bei sich ergebenden Erbstreitigkeiten der Richter des Heimatkantons zu entscheiden habe, so sind als erbrechtliche Klagen, welche vom Richter des Heimatkantons zu beurtheilen sind, jedenfalls nicht nur die Erbschaftsklagen im eigentlichen Sinne, welche auf Anerkennung des (Allein- oder Theil-) Erbrechts des Klägers und demgemäß auf Herausgabe des Nachlasses gerichtet sind, sondern auch die Erbtheilungsklagen aufzufassen, welche die Auseinandersetzung mehrerer Miterben bezwecken und daher wie auf Vertheilung des Nachlasses, so überhaupt auf Erledigung sämmtlicher Ansprüche gehen, welche durch die Erbgemeinschaft zwischen den Miterben erzeugt worden sind, insbesondere der Ansprüche auf Abrechnung bezw. Einwerfung der Vorempfänge, auf Ersatz der aus der gemeinsamen Erbschaft durch einen Erben gezogenen Vortheile u. s. w. (Vergl. Windscheid, Pand. III

§ 608 Nr. 4; Unger, Oesterreichisches Erbrecht § 44; Seuffert, Archiv Bd. XXIV Nr. 133.) Im vorliegenden Falle nun haben die Rekurrenten als Erben ihrer verstorbenen Eltern gegenüber den Rekursbeklagten als Miterben auf Einwerfung bestimmter Gegenstände bezw. Geldsummen in die Erbmasse geklagt; die sachbezüglichen Begehren werden, wie aus der thatsächlichen Darstellung der Klage hervorgeht, theils (soweit es die sub II 3 und 4 gestellten Begehren anbelangt) damit begründet, daß in Bezug auf die betreffenden von der erblasserischen Mutter ausgegangenen Zuwendungen die Pflicht zur Kollation bestehe, theils dagegen (soweit es die übrigen Begehren anbelangt) werden dieselben darauf gestützt, daß die dort benannten Rekursbeklagten die bezeichneten Gegenstände des väterlichen Nachlasses in ihrem Besitze haben, bezw. daß sie den Erlös derselben bezogen haben. Eventuell wird mit dieser Klage die Pflichttheilsergänzungsklage verbunden. Die Klage ist somit unzweifelhaft auf Erledigung von Ansprüchen gerichtet, welche, nach der Behauptung der Rekurrenten, zwischen ihnen und den Rekursbeklagten als Miterben aus der Erbgemeinschaft am elterlichen, insbesondere väterlichen Nachlasse entstanden sind; sie qualifizirt sich mithin als eine Erbtheilungsklage und es kann demgemäß nicht daran gezweifelt werden, daß für den vorliegenden Prozeß als eine Erbstreitigkeit der konkordatsmäßige Gerichtsstand der Heimat des Erblassers begründet ist. Wenn die Rekursbeklagten anscheinend davon ausgehen, daß sie als angebliche Nachlaßschuldner für eine persönliche Ansprache belangt werden, und daher, ungeachtet ihrer Eigenschaft als Miterben, beim Richter ihres Wohnortes gesucht werden müssen, so ist darauf zu erwidern, daß, auch zugegeben, Forderungen des Erblassers gegenüber einem Miterben können nicht beim Gerichtsstande der Erbschaft im Erbtheilungsverfahren zur Anerkennung gebracht werden, doch vorliegend die Rekursbeklagten nicht aus einer angeblich für sie gegenüber dem Erblasser begründeten Schuld belangt werden, vielmehr die Klage sich, wie bemerkt, darauf gründet, daß angeblich die einzelnen Rekursbeklagten Gegenstände des väterlichen Nachlasses, bezw. den Erlös letzterer besitzen und dadurch Vortheile aus der gemeinsamen Erbschaft sich angeeignet haben, welche nicht ihnen

ausschließlich gebühren, sowie im Fernern darauf, daß für einen der Rekursbeklagten die Pflicht zur Kollation bestehe. Die Klage macht also keineswegs Ansprüche gegenüber den Rekursbeklagten geltend, welche vom Erblasser abgeleitet wären, sondern solche Ansprüche, welche aus der am elterlichen Nachlasse bestehenden Erbgemeinschaft direkt für die Rekurrenten begründet worden sein sollen, d. h. eben Erbtheilungsansprüche. Wenn endlich die Rekursbeklagten darauf hinweisen, daß in Bezug auf die eingeklagten Forderungen keine Solidarität zwischen ihnen bestehe und daß diese Forderungen für die einzelnen Rekursbeklagten ungleich große Beträge anbetreffen, so ist nicht einzusehen, inwiefern diese Momente der angebrachten Klage den erbrechtlichen Charakter benehmen könnten.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird als begründet erklärt und es wird demnach das Urtheil des Obergerichtes des Kantons Solothurn vom 16. April 1880 in dem in Erwägung 1 bezeichneten Umfange aufgehoben.

---

68. Urtheil vom 3. September 1880 in Sachen Ackermann.

A. Im Juni 1879 verstarb in Luzern, wo er seit 1850 niedergelassen gewesen war, der Ehemann der Rekurrentin, Holzhändler Alois Ackermann von Ennetbürgen, Kantons Nidwalden, mit Hinterlassung eines Testamentes d. d. 17. April 1876, in welchem er erklärte, daß seine Ehefrau Anna Maria Ackermann geb. Theiler den sämmtlichen Hausrath s. Z. anhergebracht habe und daß somit derselbe ihr Eigenthum sei und im fernern verfügte, daß seiner genannten Ehefrau gemäß § 214 des nidwaldenschen bürgerlichen Gesetzbuches der Nießbrauch am vierten Theile seiner Verlassenschaft zustehen und ihr überdem nach § 240 des gleichen Gesetzes der vierte Theil seines Vermögens als Eigenthum laut Vermächtniß zufallen solle. Bereits

bei Lebzeiten hatte der Ehemann Ackermann seiner Ehefrau einen Betrag von 15 000 Fr. zugewendet.

B. Als Erben des Alois Ackermann meldeten sich Anna Maria Ackermann, Josef Ackermann und Franziska Ackermann, sämmtlich von Buochs, Kantons Nidwalden. Nachdem das über den Nachlaß des Alois Ackermann aufgenommene beneficium inventarii nur einen geringen Vermögensstand ergeben hatte und den Intestaterben die Verfügungen zu Gunsten der Wittwe Ackermann bekannt geworden waren, ließen dieselben die letztere am 9. Dezember 1879 vor das Vermittlungsgericht Buochs zur Anerkennung der Begehren vorladen: 1. Daß die ihr durch Willensverordnung vom 17. April 1876 eingeräumten Vergünstigungen nichtig und 2. die empfangenen 15 000 Fr. als Nachlassenschaft des Erblassers zu betrachten seien; 3. daß sie überhaupt alles von ihrem Ehemanne vorempfangene Vermögen bestehend in Schenkungen oder Testaten in die Erbmasse einzuwerfen habe. Durch Gegenvorladung vor das nämliche Gericht vom 11. Dezember 1879 machte die Wittwe Ackermann widerklagsweise den Anspruch geltend, daß die widerbeklagten Erben des Al. Ackermann sel. gehalten seien, die durch die Willensverordnung vom 17. April 1876 der Widerklägerin Wittwe Ackermann-Theiler, Holzhändlerin in Luzern, eingeräumten Vergünstigungen als zu Recht bestehend anzuerkennen. Durch Anzeige vom 20. Februar 1880 erklärte im Fernern die Wittwe Ackermann, für die Behandlung der Ziffer 1 der klägerischen Citation betreffend die Gültigkeit des Testamentes das nidwaldensche Forum anerkennen zu wollen, wogegen sie die Kompetenz der nidwaldenschen Gerichte für die Behandlung von Ziffer 2 und 3 der klägerischen Citation, welche mit dem Testamente in keiner Weise in Verbindung stehen, bestreite.

C. Das Obergericht des Kantons Nidwalden, welchem zunächst die Frage der Kompetenz zur Entscheidung vorgelegt wurde, formulirte die zu lösende Rechtsfrage dahin: „Ist betreffs der von Frau Ackermann geb. Theiler seitens ihres Ehemanns Al. Ackermann sel. während der Ehe erhaltenen Schenkungen, resp. Vorempfänge, der heimatliche oder der Gerichtsstand des Wohnortes maßgebend?“ und entschied diese Frage am 25. Fe-

bruar 1880 dahin: „Es sei zum Rechtsentscheide der Streitanstände über die Punkte 2 und 3 der Citation, resp. über die von Frau Ackermann-Theiler seitens ihres Ehemannes Al. Ackermann während der Ehe erhaltenen Schenkungen resp. Vorempfänge das hiesige Gerichtsforum maßgebend," wesentlich aus folgenden Gründen: Nach Mitgabe des Konkordates vom 15. Juli 1822, welchem die beiden Kantone Luzern und Nidwalden beigetreten seien, sei die Beerbung eines Niedergelassenen ab intestato und aus Testamenten nach den Gesetzen und durch den Richter seines Heimatkantons zu beurtheilen; ebenso sei nach dem nämlichen Konkordate der Inhalt von Eheverkommnissen und Eheverträgen von dem heimatlichen Richter des Ehemannes nach seinen Gesetzen zu beurtheilen; auch seien im nidwaldenschen Gesetzbuche die Bestimmungen über Schenkungen zwischen Ehegatten ins Erbrecht aufgenommen worden und daher Streitigkeiten über die Berechtigung nidwaldenscher Angehöriger zu Schenkungen zwischen Ehegatten von ihrem heimatlichen Richter zu beurtheilen; andernfalls könnte auch die Anwendung des heimatlichen Gesetzes in Bezug auf Testirfähigkeit und Inhalt der Testamente leicht illusorisch gemacht werden.

D. Gegen diese Entscheidung ergriff die Wittwe Ackermann geb. Theiler den Rekurs an das Bundesgericht, indem sie ausführt: Es handle sich, soweit es die Punkte 2 und 3 der klägerischen Citation anbelange, gar nicht um eine Erbstreitigkeit, sondern um eine rein persönliche Ansprache, für welche Rekurrentin, welche aufrechtstehend und in Luzern niedergelassen sei, nach Art. 59 der Bundesverfassung beim Richter ihres Wohnortes gesucht werden müsse. Denn es werde weder eine Erbschaftsklage im eigentlichen Sinne, bei welcher das Allein- oder Theilerbrecht zwischen mehreren Erbprätendenten bestritten sei, noch eine Erbtheilungsklage angestellt, sondern eine rein persönliche Rückforderungsklage in Bezug auf Gegenstände, welche der Erblasser bei Lebzeiten vergabt habe, und die daher gar nicht mehr zu seiner Verlassenschaft gehören können. Hätte der Erblasser selbst die von ihm gemachten Schenkungen anfechten, bezw. das Geschenkte zurückfordern wollen, so hätte er gewiß

beim Richter des Wohnortes klagen müssen. Das Gleiche müsse auch für seine Erben gelten. Streitigkeiten darüber, ob eine Sache zum Nachlasse gehöre, seien überhaupt, wenn der Beklagte die Restitutionspflicht nicht aus erbrechtlichem Titel bestreite, nicht als Erbstreitigkeiten zu betrachten, wie dies auch die bundesrechtliche Praxis stets anerkannt habe. Das nidwaldensche Gesetz könne nicht über die Kantonsgrenze hinauswirken und Rekurrentin, welche in Luzern niedergelassen sei und seit dem Tode ihres Ehemannes das Bürgerrecht in Horw, Kantons Luzern, erworben habe, sei demselben nicht unterworfen. Demnach werde beantragt: Das Bundesgericht wolle erkennen:

1. Das Urtheil des Obergerichtes von Nidwalden vom 25. Februar 1880 sei aufgehoben und die Erben des Alois Ackermann haben ihre gegen Wittwe Ackermann gestellten persönlichen Forderungen vor den Gerichten in Luzern zur Geltung zu bringen zu suchen.

2. Die Ackermann'schen Erben bezahlen die durch diese unbegründete Prozeßführung verursachten Kosten im Betrage von 177 Fr. 15 Cts.

E. Das Obergericht des Kantons Nidwalden, welchem der Rekurs zur Vernehmlassung mitgetheilt wurde, bezieht sich einfach auf die Motive der angefochtenen Entscheidung. Die Erben des Alois Ackermann dagegen bemerken in ihrer Vernehmlassung im Wesentlichen: Die Ehefrau Ackermann habe kein Vermögen in die Ehe gebracht; während der Ehemann noch kurz vor seinem Tode, nach Abrechnung der seiner Frau zugewendeten 15000 Fr., nach seiner eigenen Aussage, ein Vermögen von ca. 35000 Fr. besessen habe, ergebe das beneficium inventarii ein muthmaßliches Aktivvermögen von nur 8840 Fr. Was nun die 15000 Fr. anbelange, welche er seiner Frau zugewendet habe, so habe er noch kurz vor seinem Tode wiederholt geäußert, er habe seiner Frau 15000 Fr. „vermacht," während die letztere nun behaupte, diese 15000 Fr. seien ihr geschenkt worden. Die Rekurrentin habe im fernern alle wichtigern auf den Nachlaß bezüglichen Schriftstücke nach dem Tode ihres Ehemannes absichtlich verbrannt. Für alle diese Thatsachen sei vor dem Obergericht des Kantons Nidwalden Zeugenbeweis ange-

boten worden; das Obergericht habe indeß denselben nicht erhoben, und es werde nun nachträgliche Einvernahme der fraglichen Zeugen verlangt. In juristischer Beziehung sodann handle es sich, wie im wesentlichen im Anschluß an die Motivirung des obergerichtlichen Urtheils ausgeführt wird, allerdings um eine Erbstreitigkeit, bezw. um eine Klage auf Einwerfung von Vorempfängen. Uebrigens habe die Rekurrentin den nidwaldenschen Gerichtsstand anerkannt, da sie sich vor der Vermittlungsinstanz ohne weiters auf alle drei Forderungen der Kläger eingelassen und die Kompetenz der nidwaldenschen Gerichte nicht rechtzeitig und in rechtsgenügender Weise bestritten habe. Jedenfalls endlich sei die Kostenforderung der Beklagten unbegründet. Demnach werde beantragt:

1. Der Rekurs sei als unbegründet abzuweisen.
2. Eventuell ohne Kostenfolge als begründet zu erklären.

F. Replikando bestreitet die Rekurrentin die faktischen und rechtlichen Ausführungen der Vernehmlassungsschrift und bemerkt speziell: Da die streitigen 15000 Fr. der Rekurrentin unbestrittenermaßen schon einige Jahre vor dem Tode des Ehemannes ausgehändigt worden seien, so liege unzweifelhaft eine Schenkung und kein Vermächtniß vor. Von einer Prorogation des Gerichtsstandes könne, da sich Rekurrentin in Bezug auf die Punte 2 und 3 der klägerischen Citation niemals vor den Gerichten des Kantons Nidwalden eingelassen habe, keine Rede sein.

In ihrer Duplik halten die Rekursbeklagten an den Ausführungen ihrer Vernehmlassung fest, indem sie namentlich bemerken, daß es den Erben unbekannt sei, ob die Summe der 15000 Fr. vor oder nach dem Tode des Ehemannes der Rekurrentin ausgehändigt worden und daß im Zweifel zu Gunsten der Erben zu präsumiren sei.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Da es sich für das Bundesgericht ausschließlich um die Entscheidung über den Gerichtsstand, keineswegs dagegen um die materielle Beurtheilung der Streitsache handelt, so ist vorab dem Antrage der Rekursbeklagten auf Zeugeneinvernahme über die von ihnen behaupteten Thatsachen keine Folge zu geben. Denn

die Entscheidung über den Gerichtsstand hängt, abgesehen von der Frage der Prorogation, lediglich von der rechtlichen Natur der Klage, welche nach den Parteibehauptungen zu beurtheilen ist, bezw. davon ab, ob hienach die angestellte Klage sich als eine erbrechtliche qualifizire, für welche nach dem Konkordate vom 15. Juli 1822 der Gerichtsstand der Heimat des Erblassers begründet ist, oder ob dieselbe als eine persönliche Ansprache zu betrachten sei, für welche nach Art. 59 Abs. 1 der Bundesverfassung der Gerichtsstand des Wohnortes des Schuldners maßgebend ist. Hiefür ist aber der angebotene Zeugenbeweis vollständig irrelevant.

2. Wenn nun das Konkordat vom 15. Juli 1822 den Grundsatz aufstellt, daß die Beerbung eines Niedergelassenen ab int. und aus Testamenten (abgesehen von der Form der Testamente) nach den Gesetzen seiner Heimat sich richte, daß auch Eheverkommnisse und Eheverträge in Hinsicht auf ihren Inhalt der Gesetzgebung des Heimatkantons des Ehemannes unterstehen und daß infolge dieses Grundsatzes bei sich ergebenden Erbstreitigkeiten der Richter des Heimatortes zu entscheiden habe, so sind als Erbstreitigkeiten, für welche demgemäß der Gerichtsstand der Heimat des Erblassers begründet ist, außer den Erbtheilungsstreitigkeiten, welche sich auf die Theilung des Nachlasses, sowie überhaupt auf Erledigung der aus der Erbgemeinschaft zwischen den Miterben entstandenen Ansprüche beziehen, lediglich Streitigkeiten zwischen verschiedenen Ansprechern über die erbrechtliche Nachfolge (Universal- oder Singularnachfolge) in den Nachlaß, bezw. eine Nachlaßquote oder einen Nachlaßbestandtheil zu verstehen, bei welchen von beiden Streittheilen aus erbrechtlichem Rechtsgrunde Anspruch auf den Nachlaß, eine Nachlaßquote oder einen Nachlaßbestandtheil erhoben wird, wie z. B. Streitigkeiten zwischen Testamentserben oder Vermächtnißnehmern und Intestaterben über die Gültigkeit einer letztwilligen Anordnung, zwischen mehreren Erbprätendenten über die Intestaterbfolge u. s. w. Wenn dagegen nicht die erbrechtliche Nachfolge den Gegenstand des Rechtsstreites zwischen den Parteien bildet, sondern wenn die Zugehörigkeit einer Sache, die ein Dritter aus nicht erbrechtlichem Rechtsgrunde

besitzt, zum Nachlasse, der Bestand einer Erbschaftsforderung, oder die Gültigkeit einer vom Erblasser durch Rechtsgeschäft unter Lebenden einem Dritten gemachten Zuwendung, die von den Erben aus irgend welchem Rechtsgrunde angefochten wird, in Frage steht, so liegt nicht eine Erbstreitigkeit, sondern ein gewöhnlicher Vindikations- oder Forderungsprozeß vor, denn es handelt sich in diesen Fällen überall nicht um einen Streit über das Recht der Nachfolge von Todeswegen (Erbrecht i. w. S.), oder um einen Erbtheilungsstreit. (Vergl. Urtheil des Bundesgerichtes vom 4. Febr. 1875, i. S. der Kantone Glarus und Schaffhausen, A. Slg. I S. 194 u. ff.; Urtheil i. S. Brüder Vogel vom 12. Juni 1875, ibid. S. 198 u. ff.; Urtheil i. S. Brüder Munzinger vom 23. Juli 1880.)

3. Vorliegend handelt es sich nun offenbar weder um einen Erbtheilungsstreit zwischen Miterben, noch um einen Streit um das Recht der Nachfolge von Todeswegen in den Nachlaß oder einen Theil desselben. Denn

a. Von einer Erbtheilungsstreitigkeit zwischen Miterben kann schon deshalb nicht die Rede sein, weil Rekurrentin, nach dem nidwaldenschen Rechte, gar nicht Erbin ihres verstorbenen Ehemannes ist und auch nicht als solche belangt wird. Es steht zwar dem überlebenden Ehegatten nach § 214 des bürgerlichen Gesetzbuches für den Kanton Unterwalden nid dem Wald ein Anspruch auf den Nießbrauch an einem Theile der Verlassenschaft zu (an $^1/_4$, wenn weniger als vier Kinder vorhanden sind, an einem Kindstheile beim Vorhandensein von vier oder mehreren Kindern). Allein Erbe im technischen Sinne, d. h. Universalsuccessor des Verstorbenen, ist der überlebende Ehegatte nicht, vielmehr sind nach nidwaldnerischem Rechte, welches überhaupt eine testamentarische Erbeinsetzung nicht kennt, sondern nur Vermächtnisse zuläßt, ausschließlich die Blutsverwandten des Verstorbenen dessen Erben. (Vergl. § 240 leg. cit.)

b. Rekurrentin behauptet sodann in Bezug auf die in Ziffer 2 und 3 der klägerischen Citation bezeichneten Beträge, bezüglich welcher einzig die Kompetenz der nidwaldenschen Gerichte beanstandet wird, keineswegs einen erbrechtlichen Erwerbsgrund, bezw. sie nimmt kein Erbrecht i. w. S. in Bezug auf dieselben

in Anspruch, sondern sie behauptet vielmehr, dieselben durch Schenkung unter Lebendigen empfangen zu haben, während dagegen die Rekursbeklagten, soviel aus den Akten ersichtlich, in erster Linie zu behaupten scheinen, Rekurrentin habe sich die fraglichen Beträge eigenmächtig aus dem Nachlasse angeeignet, in zweiter Linie dagegen die Schenkung als nach § 248 leg. cit., wonach „Schenkungen unter Eheleuten, wodurch das Vermögen des einen Theiles zu vermehren beabsichtigt wird," schlechthin unzulässig sind, als ungültig anfechten, bezw. das Geschenkte zurückfordern zu wollen scheinen. Mag man nun die Klage unter dem einen oder dem andern Gesichtspunkte betrachten, so handelt es sich doch überall nicht um eine Erbschaftsklage, sondern entweder um eine Vindikation angeblich zum Nachlasse gehöriger Sachen, die ein Dritter aus nicht erbrechtlichem Grunde besitzt, bezw. eine daherige Ersatzklage oder aber um eine Anfechtungsklage in Bezug auf ein vom Erblasser unter Lebendigen mit einem Dritten abgeschlossenes Rechtsgeschäft, bezw. eine, auf Anfechtung eines solchen Geschäftes gegründete, persönliche Rückforderungsklage, für welche der konkordatsmäßige Gerichtsstand der Heimat des Erblassers keineswegs begründet ist.

4. Hiegegen kann auch nicht angeführt werden, daß im vorliegenden Falle die Kompetenz der nidwaldenschen Gerichte deßhalb begründet sei, weil nach Art. 3 Abs. 2 des Konkordates vom 15. Juli 1822 auch Eheverkommnisse und Eheverträge in Hinsicht auf ihren Inhalt nach dem Gesetze des Heimatortes des Ehemannes zu beurtheilen seien. Denn in Abs. 3 ibid. wird der heimatliche Gerichtsstand ausdrücklich nur für sich ergebende Erbstreitigkeiten vorgeschrieben und es darf diese Bestimmung, welche, da sie einen ausnahmsweisen Gerichtsstand statuirt, sich als eine singuläre Vorschrift qualifizirt, keineswegs mit Rücksicht auf den vorhergehenden Passus ausdehnend interpretirt werden; vielmehr ist jedenfalls, auch wenn man annehmen wollte, daß nach Art. 3 Abs. 2 des Konkordates das gesammte Güterrecht der Ehegatten nach ihrem heimatlichen materiellen Rechte zu beurtheilen sei, daran festzuhalten, daß der heimatliche Gerichtsstand nur für Erbstreitigkeiten vorgeschrie-

ben ist. Uebrigens hat bekanntlich die bundesrechtliche Praxis (vergl. die Entscheidung des B.-R. i. S. Weber-Rohr, Ullmer, staatsrechtliche Praxis I Nr. 559) aus dem Verhältnisse der Abs. 3 und 2 des Art. 3 des Konkordates zu einander, sowie aus dem ganzen Zwecke des letztern den Schluß gezogen, daß Abs. 2 cit. sich nur auf erbrechtliche Eheverkommnisse oder Eheverträge, bezw. auf die Erbverträge der Ehegatten oder Brautleute beziehe und jedenfalls nicht auf das ganze Güterrecht der Ehegatten, sondern nur auf eine vertragsmäßige Ordnung desselben bezogen werden könne.

5. Wenn endlich seitens der Rekursbeklagten noch behauptet wird, Rekurrentin habe den nidwaldenschen Gerichtsstand durch Einlassung vor den dortigen Gerichten freiwillig anerkannt, so ermangelt diese Behauptung jeglicher Begründung. Denn die Rekurrentin hat nur in Beziehung auf den ersten Punkt der klägerischen Ladung eine Gegenvorladung vor Vermittelungsgericht Buochs betreffend eine von ihr anzustellende Widerklage erlassen, während durch nichts dargethan ist, daß sie sich hinsichtlich der übrigen, hier einzig in Betracht fallenden Punkte vor den nidwaldenschen Gerichten eingelassen habe, vielmehr aus den Akten erhellt, daß sie spätestens durch ihre Anzeige vom 20. Februar 1880 den nidwaldenschen Gerichtsstand bezüglich derselben ausdrücklich abgelehnt hat.

6. Muß demnach der Rekurs in der Hauptsache als begründet erklärt werden, so mangelt dagegen dem Bundesgerichte jegliche Kompetenz zur Entscheidung über die Kostenforderung der Rekurrentin, über welche vielmehr einzig die kantonalen Gerichte zu entscheiden haben.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird, soweit es das erste Rechtsbegehren der Rekursschrift anbelangt, als begründet erklärt, auf das zweite Begehren der Rekursschrift dagegen wird nicht eingetreten.

Vierter Abschnitt. — Quatrième section.

Kantonsverfassungen. — Constitutions cantonales.

I. Kompetenzüberschreitungen kantonaler Behörden.

Abus de compétence des autorités cantonales.

69. Urtheil vom 3. September 1880 in Sachen Dörig.

A. Johann Baptist Dörig und sein Nachbar Anton Knill besitzen, gemäß einer zwischen ihren Vorbesitzern errichteten amtlichen Urkunde vom 16. Mai 1691 einen gemeinsamen Brunnen. Infolge einer durch Anton Knill im Jahre 1877 vorgenommenen Versetzung des Brunnentroges entstand zwischen diesem und dem Rekurrenten Johann B. Dörig ein Civilprozeß in Bezug auf die Rechtsverhältnisse an diesem Brunnen, indem Rekurrent gegen seinen Mitbesitzer dahin klagte, letzterer sei zu verhalten, den Trog wieder an seine alte Stelle zu bringen. Nachdem dieser Rechtsstreit durch Urtheil des Kantonsgerichtes von Appenzell Innerrhoden vom 4. Januar 1878 zu Ungunsten des Rekurrenten entschieden worden war, beschwerte sich letzterer gegen das fragliche Urtheil bei der Standeskommission des Kantons Appenzell J.-Rh. Die doppelt verstärkte Standeskommission beschloß am 28. Januar 1880: Es sei das erwähnte kantonsgerichtliche Urtheil vom 4. Januar 1878 als kassirt zu erklären und daher den Parteien freigestellt, vorliegende Prozeßangelegenheit wiederum auf dem verfassungsmäßigen Instanzenzuge weiter zu ziehen, indem sie sich darauf stützt: Das angefochtene Urtheil interpretire die amtliche Urkunde vom

16. Mai 1691 unrichtig, bezw. verletze dieselbe; nach Art. 3 der Verordnung über das Beweisverfahren vor Gericht vom 23. März 1874 sodann, wonach amtlich gefertigte Rechtsbriefe und kanzleiisch verschriebene Verträge einen vollen Beweis bilden, sofern ihre Außerkraftsetzung durch neuere amtliche Aktenstücke nicht nachgewiesen werden könne und im Falle des Widerspruchs der Sinn und die Echtheit solcher Urkunden von den zuständigen Behörden oder Gerichten festzustellen sei, sowie nach Art. 30 der Kantonsverfassung, wonach die Standeskommission für „beförderliche Erledigung der an sie gerichteten Beschwerden bezüglich der Rechtspflege und der Thätigkeit der Ortsbehörden" zu sorgen habe, sei die Standeskommission als die zur Erledigung der in Frage stehenden Beschwerde zuständige Behörde zu betrachten.

B. Gegen diesen Beschluß rekurrirte Anton Knill seinerseits an den Großen Rath des Kantons Appenzell J.-Rh. und diese Behörde beschloß, nachdem die Mitglieder der verstärkten Standeskommission, welche bei dem Kassationsbeschlusse mitgewirkt hatten, den Austritt genommen, am 28. Mai 1880, das letztinstanzliche Urtheil des Kantonsgerichtes vom 4. Januar 1878 sei als zu Recht bestehend zu betrachten und der Kassationsbeschluß der Standeskommission vom 22. Januar 1880 aufgehoben, indem sie davon ausging, daß die Entscheidung über die bestrittene Auslegung des Dokumentes vom 16. Mai 1691 dem Gerichte letztinstanzlich zugestanden habe und daß daher die Verwaltungsbehörde keineswegs befugt gewesen sei, dieses Urtheil wegen angeblicher Verletzung eines Dokumentes abzuändern.

C. Vermittelst Rekursschrift vom 4. Juli 1880 wandte sich hierauf J. B. Dörig an das Bundesgericht, indem er ausführte, daß das Kantonsgericht in seinem Urtheile vom 4. Januar 1878 die Urkunde vom 16. Mai 1691 durchaus unrichtig gewürdigt, daß im Fernern die Standeskommission durch ihren Kassationsbeschluß ihre Kompetenzen keineswegs überschritten habe und daß in dem Urtheile des Kantonsgerichtes, sowie in dem Beschlusse des Großen Rathes vom 28. Mai 1880 eine Verletzung des bundesverfassungsmäßig gewährleisteten Grundsatzes der gleichen Behandlung der Bürger vor dem Ge-

setze, sowie des Art. 3 des appenzellischen Beweisverfahrens liege, wobei im Fernern darauf hingewiesen wird, daß der angefochtene Beschluß des Großen Rathes, nachdem die Mitglieder der verstärkten Standeskommission den Austritt genommen haben, nur von einer geringen Zahl von Großrathsmitgliedern gefaßt worden sei. Er trägt auf Aufhebung dieses Beschlusses an.

D. Dagegen beantragt A. Knill in seiner Vernehmlassung Abweisung des Rekurses, indem er ausführt, daß das Urtheil des Kantonsgerichtes vom 4. Januar 1878 materiell richtig sei und daß in dem angefochtenen Beschlusse des Großen Rathes eine Verletzung der Kantonal- oder der Bundesverfassung keineswegs liege, vielmehr durch denselben lediglich ein verfassungswidriger Beschluß der Standeskommission aufgehoben worden sei.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Für das Bundesgericht kann es sich nur darum handeln, zu prüfen, ob durch das Urtheil des Kantonsgerichtes von Appenzell J.-Rh. vom 4. Januar 1878, bezw. durch den dasselbe wieder herstellenden Beschluß des Großen Rathes des genannten Kantons ein verfassungsmäßiges Recht des Rekurrenten verletzt worden sei, während dasselbe zur Prüfung der Frage, ob der Rechtsstreit zwischen dem Rekurrenten und dem Rekursbeklagten materiell richtig beurtheilt worden sei, insbesondere ob das Kantonsgericht die Urkunde vom 16. Mai 1691 richtig interpretirt und ob die appenzellischen Behörden den Art. 3 des appenzellischen Beweisverfahrens richtig angewendet haben, überall nicht kompetent ist. Denn die Anwendung des kantonalen Rechtes steht ausschließlich den zuständigen kantonalen Behörden zu und ist der Kognition des Bundesgerichtes entzogen. (Art. 113 der Bundesverfassung und Art. 59 des Gesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege.)

2. Fragt es sich demnach lediglich, ob von den appenzellischen Behörden ein durch die Bundes- oder Kantonalverfassung gewährleistetes Recht des Rekurrenten verletzt worden sei, so ist diese Frage ohne weiters zu verneinen. Denn:

a. Wenn Rekurrent behauptet, daß ihm gegenüber der verfassungsmäßige Grundsatz der Gleichheit der Bürger vor dem

Gesetze verletzt worden, bezw. er in Beziehung auf den vorliegenden Rechtsstreit nicht gleich wie andere Bürger behandelt worden sei, so ermangelt diese Behauptung jeden Beweises. Denn Rekurrent hat in keiner Weise dargethan, daß in der vorliegenden Rechtssache ihm gegenüber eine ausnahmsweise, willkürliche Handhabung der Gesetze stattgefunden habe.

b. Ebensowenig liegt eine Verletzung einer anderweitigen Bestimmung der Bundes- oder Kantonalverfassung vor. Das Kantonsgericht, dessen Entscheidung vom Großen Rathe wiederhergestellt wurde, war, wie sich aus Art. 44 der appenzellischen Kantonalverfassung ergiebt, und übrigens vom Rekurrenten gar nicht bestritten wird, unzweifelhaft der zur Entscheidung des fraglichen Rechtsstreites verfassungsmäßig zuständige Richter; wenn sodann der Große Rath den das Urtheil dieses Gerichtes kassirenden Beschluß der Standeskommission aufgehoben und das gerichtliche Urtheil wieder hergestellt hat, so kann darin eine Verfassungsverletzung bezw. ein verfassungswidriger Eingriff in die Befugnisse der Standeskommission jedenfalls nicht gefunden werden; gegentheils beruht der angefochtene Beschluß des Großen Rathes auf einer durchaus richtigen Anwendung der verfassungsmäßigen Grundsätze, denn: wenn auch die Standeskommission nach Art. 30 der appenzellischen Kantonalverfassung Beschwerden bezüglich der Rechtspflege, d. h. wegen verweigerter oder verzögerter Justiz zu beurtheilen hat, und ihr überhaupt die Oberaufsicht über die Rechtspflege zusteht, wodurch für sie das Recht begründet werden mag, Urtheile richterlicher Behörden, welche von diesen in Ueberschreitung ihrer verfassungsmäßigen Kompetenz erlassen wurden, zu kassiren und die Beurtheilung der betreffenden Rechtssachen durch den verfassungsmäßigen Richter herbeizuführen (vergl. den hiers. Entscheid i. S. des Bezirksgerichtes Oberegg vom 8. Mai 1880), so kann doch jedenfalls davon keine Rede sein, daß der Standeskommission die Befugniß zustehe, Urtheile der verfassungsmäßig zuständigen Gerichte wegen unrichtiger Sachentscheidung, bezw. unrichtiger Anwendung des Gesetzes aufzuheben. Denn der Standeskommission sind nach der appenzellischen Kantonalverfassung in Bezug auf die Rechtspflege keineswegs die Befugnisse eines Kassationsge-

richtes oder überhaupt richterliche Funktionen, sondern lediglich die Funktionen einer Justizverwaltungs- und Aufsichtsbehörde übertragen.

c. Wenn endlich Rekurrent noch darauf hinweist, daß der angefochtene Beschluß des Großen Rathes nach Austritt der Mitglieder der verstärkten Standeskommission und unter Mitwirkung einer geringen Anzahl von Großrathsmitgliedern gefaßt worden sei, so erscheint dieser Umstand, da die Kantonalverfassung weder über den Austritt der Großrathsmitglieder noch über das zur Beschlußfähigkeit erforderliche Quorum Bestimmungen enthält, von einer Verfassungsverletzung somit nicht die Rede sein kann, als vollkommen unerheblich.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird als unbegründet abgewiesen.

II. Uebergriffe in das Gebiet der gesetzgebenden Gewalt.

Empiétements dans le domaine du pouvoir législatif.

70. Urtheil vom 17. September 1880 in Sachen Niederer.

A. Am 15. Oktober 1876 nahm die Landsgemeinde des Kantons Appenzell A.-Rh. eine neue Verfassung an, deren Art. 16 in Bezug auf das Steuerwesen, im Gegensatz zu dem bisher geltenden Verfassungs- und Gesetzesrecht (Art. 22 der Verfassung vom 3. Oktober 1858 und Gesetz über das Steuerwesen vom 30. August 1835 und 24. April 1836), welches als Landessteuer lediglich eine nach der bestehenden Praxis nicht direkt von den Pflichtigen, sondern von den Gemeinden gemäß einer vom Großen Rathe beschlossenen Repartition bezogene Vermögenssteuer kannte, Folgendes bestimmt:

„Alle Einwohner des Kantons sind verpflichtet, nach Maßgabe „ihrer Leistungsfähigkeit und in möglichst gleichem Verhältnisse „zur Deckung der Staats- und Gemeindelasten beizutragen. Je„der Steuerpflichtige steuert ausschließlich an seinem Wohnorte, „mit Ausnahme der Bevormundeten, deren Vermögen da zu ver„steuern ist, wo es verwaltet wird. Grundstücke und Gebäulich„keiten werden da versteuert, wo sie liegen, auch wenn der Eigen„thümer außer der Gemeinde wohnt. Das Nähere bestimmt das „Gesetz."

In Art. 6 der Uebergangs- und Vollziehungsbestimmungen zu dieser Verfassung sodann ist vorgeschrieben:

„Die Verfassung tritt den 29. April 1877, als am Tage der „ordentlichen Landsgemeinde, in Kraft. Ausgenommen sind die „Bestimmungen, deren Ausführung ohne vorausgegangene Er„lassung des bezüglichen Gesetzes unzulässig erscheint."

B. Am 26. Februar 1877 beschloß hierauf der Große Rath, der nächsten Frühlingslandsgemeinde den Antrag vorzulegen: „Der Kantonsrath sei ermächtigt, in Bezug auf diejenigen Fra„gen, über welche die in der Verfassung vorgesehenen Gesetzes„bestimmungen noch nicht aufgestellt sind, einstweilen, bis zum „Erlasse des bezüglichen Gesetzes, von sich aus auf dem Verord„nungswege das Nöthigste anzuordnen."

Am 27. Februar gl. J. sodann beschloß der Große Rath im Fernern, es solle vom Jahre 1878 an die individuelle Besteuerung, d. h. der direkte Bezug der Landessteuer, eingeführt werden, dagegen bleiben die Bestimmungen des bisherigen Steuergesetzes so lange maßgebend, bis von der Landsgemeinde ein anderes Steuergesetz angenommen sei.

In der „Geschäftsordnung" auf die ordentliche Landsgemeinde vom 29. April 1877 dagegen, in welcher der erwähnte Antrag auf Vollmachtsertheilung an den Großen Rath vom 26. Februar 1877 gegenüber der Landsgemeinde gestellt und begründet wird, ist unter denjenigen Artikeln der Verfassung, auf welche die verlangte Vollmacht sich beziehe, ausdrücklich auch der Art. 16 betreffend das Steuerwesen angeführt.

C. Nachdem nun die Landsgemeinde am 29. April 1877 dem Großen Rathe die erwähnte Ermächtigung in der beantragten

Form ertheilt hatte, erließ letzterer in seiner Sitzung vom 15. Mai 1877 ein „Regulativ betreffend die Einführung des direkten Landessteuerbezuges," in dessen Art. 1 bestimmt wird: „Die Steuerpflicht wird durch Art. 16 der Verfassung vom 15. Oktober 1876 im Anschluß an das noch in Kraft bestehende Steuergesetz vom 30. August 1835 und 24. April 1836, soweit dieses Gesetz nicht mit der neuen Verfassung im Widerspruche steht, bestimmt." Dieses Regulativ hatte zur Folge, daß an Stelle der frühern ausschließlichen Vermögenssteuer nunmehr die „Leistungsfähigkeit" überhaupt, ohne daß dieselbe näher definirt worden wäre, als Grundlage des Steuerbezuges galt. Da die Durchführung dieses Regulatives auf Schwierigkeiten stieß, so erließ der Große Rath am 5. April 1880 an Stelle desselben eine „Vollziehungsverordnung über die Ausführung von Art. 16 der Verfassung betreffend das Steuerwesen," deren Art. 1 den Art. 1 des erwähnten Regulatives reprozudirt, während Art. 2 derselben feststellt, daß unter „Leistungsfähigkeit" zu verstehen sei, der „Besitz von Vermögen, Einkommen oder Erwerb, welcher grundsätzlich zur Hälfte zu versteuern sei, unter Berücksichtigung aller Verhältnisse, in denen die Steuerpflichtigen sich befinden," und die im Uebrigen einige weitere Bestimmungen zum Zwecke der Durchführung dieses Grundsatzes aufstellt.

D. Gegen diese Verordnung ergriff nun G. Niederer den Rekurs an das Bundesgericht. In seiner Rekursschrift führt er im Wesentlichen aus: Nach Art. 6 der Uebergangsbestimmungen trete Art. 16 der Verfassung vom 15. Oktober 1876 erst nach Erlaß des zu seiner Vollziehung nöthigen Gesetzes in Kraft; bis dahin bleiben die Bestimmungen des bisherigen Gesetzes maßgebend, bezw. letzteres könne nur durch ein von der Landsgemeinde angenommenes neues Gesetz abgeändert werden. Daran ändere auch die am 29. April 1877 von der Landsgemeinde dem Kantonsrathe ertheilte Vollmacht nichts. Denn eine Delegation des verfassungsmäßig einzig der Landsgemeinde zustehenden Rechtes der Gesetzgebung sei rechtlich unzulässig, wie sich daraus ergebe, daß die Verfassung, während sie doch anderweitig die Delegation einzelner Befugnisse gewisser Behörden an andere vorsehe, von einer derartigen Delegation des Gesetzgebungsrechtes

nicht spreche. Allein auch die Zulässigkeit einer solchen Delegation vorausgesetzt, so müsse doch unbedingt verneint werden, daß im vorliegenden Falle dem Kantonsrathe die Befugniß zu Abänderung oder Aufhebung des Steuergesetzes, speziell zu Einführung neuer Steuern, habe übertragen werden wollen. Maßgebend sei in dieser Beziehung der Beschluß des Großen Rathes vom 27. Februar 1877, in welchem derselbe sein Vollmachtsbegehren ausdrücklich dahin interpretirt habe, daß bis zum Erlasse eines neuen Steuergesetzes das alte in Kraft verbleiben solle, sowie ein fernerer Beschluß der gleichen Behörde vom 20. März 1877, wodurch ein Antrag, hierauf zurückzukommen und schon jetzt den Grundsatz der neuen Verfassung anzuwenden, mit großer Mehrheit abgelehnt worden sei. Demgemäß wird beantragt: 1) Es möchte das Bundesgericht diejenigen Bestimmungen der vom Kantonsrathe von Appenzell A.-Rh. vom 5. April 1880 erlassenen Vollziehungsverordnung über die Ausführung von Art. 16 der Verfassung, welche die Einführung einer Einkommenssteuer bezwecken, als verfassungswidrig, weil von inkompetenter Stelle erlassen, aufheben. 2) Es sei die Ausführung der betreffenden Bestimmungen zu sistiren bis zum Erlasse des bundesgerichtlichen Entscheides.

E. In seiner Vernehmlassung auf diese Beschwerde macht der Regierungsrath des Kantons Appenzell A.-Rh. geltend: Durch Art. 16 der Verfassung vom 15. Oktober 1876 sei im Steuerwesen ein neuer Grundsatz eingeführt, bezw. der Uebergang von der ausschließlichen Vermögensbesteuerung zu einer Verbindung von Vermögens- und Einkommens- oder Erwerbssteuer gemacht und es sei dies von der Landsgemeinde genehmigt worden. Nun besage allerdings der citirte Verfassungsartikel: „Das Nähere bestimmt das Gesetz," und es werde auch Sache eines neuen Steuergesetzes sein, die nähere Ausführung des verfassungsmäßigen Grundsatzes anzuordnen. Allein es sei auch wieder die Landsgemeinde selbst gewesen, welche dem Großen Rathe am 29. April 1877 die in Frage stehende Vollmacht ertheilt habe, in ähnlicher Weise, wie sie ihn schon im Jahre 1875 bevollmächtigt habe, einstweilen in Bezug auf die durch die neue Bundesverfassung und Bundesgesetzgebung nöthig gewordenen Abänderun-

gen des kantonalen Rechtes das Erforderliche auf dem Verordnungswege zu verfügen. Die fragliche Vollmacht vom 29. April 1877 sei auch ohne alle und jede Direktion gegeben worden, so daß es dem Ermessen des Kantonsrathes anheimgegeben gewesen sei, zu bestimmen, in Bezug auf welche der in Frage kommenden Verfassungsartikel er von der ihm ertheilten Vollmacht Gebrauch machen wolle. Jedenfalls sei er, wie sich aus der Geschäftsordnung für die Landsgemeinde vom 29. April 1877 ergebe, berechtigt gewesen, diese Vollmacht auch auf den Art. 16 der Verfassung anzuwenden. Wenn der Kantonsrath, in dessen freiem Ermessen es also gestanden habe, die Vollmacht vom 29. April 1877 auch auf die Bestimmung des Art. 16 der Verfassung anzuwenden, diesfalls wiederholt Berathung gepflogen und zuerst beschlossen habe, es vor der Hand beim Alten zu belassen, später dagegen von seiner Vollmacht Gebrauch gemacht habe, so liege darin keine Verfassungsverletzung. Schließlich müsse noch bemerkt werden, daß ein verfassungsmäßig gewährleistetes Recht des Rekurrenten, über dessen Verletzung sich dieser beim Bundesgerichte nach Art. 59 litt. a des Gesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege beschweren könnte, überall nicht in Frage stehe. Wenn Rekurrent der Meinung sei, der Kantonsrath habe die ihm ertheilte Vollmacht zu weit ausgedehnt und sich ein Recht angemaßt, welches nur der Landsgemeinde zustehe, so könne es zunächst nur Sache der Landsgemeinde selbst sein, hierüber zu entscheiden. Dem Rekurrenten stehe verfassungsmäßig das Recht zu, diese Frage der Landsgemeinde zu stellen und die Ausübung dieses Rechtes würde ihm weder vom Großen Rathe noch vom Regierungsrathe verweigert worden sein. Dagegen sei er nicht befugt, sich beim Bundesgerichte zu beschweren. Demgemäß werde Abweisung des Rekurses beantragt.

F. Replicando sucht Rekurrent, indem er an den Ausführungen seiner Rekursschrift festhält, insbesondere auszuführen, daß die dem Kantonsrathe am 29. April 1877 ertheilte Vollmacht keineswegs die Befugniß enthalte, das Steuerwesen provisorisch auf dem Verordnungswege neu zu ordnen und neue Steuern einzuführen. Das könne keineswegs unter dem Ausdrucke, das „Nöthigste“ anordnen, welcher vielmehr nur auf ge-

wisse vorbereitende organisatorische Verfügungen bezogen werden könne, verstanden werden. Wenn in der Geschäftsordnung für die Landsgemeinde vom 29. April 1877 auch der Art. 16 der Verfassung als einer derjenigen genannt sei, auf welche die fragliche Vollmacht sich beziehe, so habe diese sich gemäß den vorangegangenen Beschlüssen des Großen Rathes (s. oben Fakt. B) nur auf die Ermächtigung zur Einführung des direkten Bezuges der Landessteuer, nicht auf eine Ermächtigung zur Einführung eines neuen Steuersystems bezogen. Die Interpretation des Kantonsrathes, wonach er berechtigt wäre, das Steuerwesen bis zum Erlasse eines neuen Gesetzes oder einem seine Vollmacht widerrufenden Beschluß der Landsgemeinde auf dem Verordnungswege gänzlich neu zu ordnen, statuire einen Eingriff in die Befugnisse der Landsgemeinde. Deßhalb sei denn auch die Rekursberechtigung des Rekurrenten, welcher als stimmberechtigter Bürger zur Theilnahme an der Landsgemeinde befugt sei, zweifellos.

In seiner Duplik bemerkt der Regierungsrath des Kantons Appenzell A.-Rh. wesentlich: Die Vollmacht vom 29. April 1877 enthalte keinerlei Beschränkungen, vielmehr ermächtige sie den Kantonsrath ganz allgemein, auf dem Verordnungswege das Nöthigste zu Durchführung des neuen Grundsatzes, daß die Steuer nach der Leistungsfähigkeit zu erheben sei, anzuordnen. Wenn man nun allerdings über die Frage, was zum Nöthigen und Nöthigsten gehöre, verschiedener Ansicht sein könne, so scheine doch, daß nur die Landsgemeinde hierüber endgültig entscheiden könne. Demnach werde daran festgehalten, daß der Rekurs als unbegründet ab- resp. der Rekurrent mit seiner Kompetenzfrage an die Landsgemeinde zu verweisen sei.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Rekurrent beruft sich darauf, daß der Erlaß der angefochtenen Verordnung des Kantonsrathes des Kantons Appenzell A.-Rh. einen verfassungswidrigen Eingriff in die Befugnisse der Landsgemeinde enthalte, indem einerseits eine Delegation des Gesetzgebungsrechtes durch die Landsgemeinde verfassungsmäßig unzulässig sei, andererseits eine solche Delegation, welche den Kantonsrath zum Erlasse der angefochtenen Verordnung ermächtigte, in dem Beschlusse der Landsgemeinde vom 29. April 1877

überhaupt nicht liege, der Kantonsrath also die ihm durch letztern Beschluß ertheilte Vollmacht überschritten habe.

2. Wenn dem gegenüber der Regierungsrath des Kantons Appenzell A.-Rh. dem Rekurrenten in erster Linie die Berechtigung zum Rekurse an das Bundesgericht bestreitet, da nicht ein verfassungsmäßig gewährleistetes individuelles Recht in Frage stehe, sondern es sich lediglich um ein Recht der Landsgemeinde handle, so kann dieser Anschauung nicht beigetreten werden, denn bei der behaupteten Verfassungsverletzung handelt es sich offensichtlich nicht um eine Vorschrift bloß organisatorischer oder reglementarischer Natur, sondern um eine solche, welche auch die Rechte des einzelnen Bürgers als solchen unmittelbar berührt.

3. Ist somit Rekurrent zum Rekurse an das Bundesgericht befugt, so kann auch nach feststehender bundesrechtlicher Praxis die bundesgerichtliche Kompetenz nicht deßhalb abgelehnt werden, weil die kantonalen Instanzen nicht durchlaufen seien. Immerhin indeß erscheint es als angemessen, den Rekurrenten vorerst an die oberste Landesbehörde, die Landsgemeinde, zu verweisen. Denn das Recht hiezu hat sich das Bundesgericht für Fälle, in welchen es sich nicht um interkantonale Konflikte, sondern entweder um die Anwendung einer Bundesverfassungsvorschrift auf die innere Verwaltung eines Kantons oder um die Anwendung kantonalen Verfassungsrechtes handelt, stets gewahrt. (Vergl. z. B. Entscheidung Amtl. Samml. IV S. 57, Beschluß i. S. Spar- und Leihkasse Aegeri.) Im vorliegenden Falle nun handelt es sich lediglich um eine behauptete Verletzung der kantonalen Verfassung und es muß für das Bundesgericht als besonders erwünscht erscheinen, die Ansicht der obersten Kantonsbehörde, der Landsgemeinde, über die bestrittene Frage, insbesondere über die Tragweite der von ihr am 29. April 1877 ertheilten Vollmacht zu kennen, wie denn andererseits, nach der ausdrücklichen Erklärung des Regierungsrathes des Kantons Appenzell A.-Rh., auch als feststehend anzusehen ist, daß dem Rekurrenten ein verfassungsmäßiges Hinderniß, die streitige Frage zum Entscheide durch die Landsgemeinde zu bringen, nicht entgegensteht.

4. Was endlich das zweite Rekursbegehren betreffend Sus-

pension der Vollziehung der angefochtenen Verordnung bis zum Entscheide des Bundesgerichtes anbelangt, so ist demselben keine Folge zu geben, da Rekurrent absolut keine Gründe angeführt hat, welche den Erlaß einer provisorischen Verfügung in diesem Sinne rechtfertigen würden, und auch solche, wie ein aus der Vollziehung drohender unersetzlicher Schaden u. drgl., offenbar nicht vorliegen. Immerhin bleibt dem Rekurrenten das Recht vorbehalten, für den Fall späterer Begründeterklärung des Rekurses, Steuern, zu deren Bezahlung er in Anwendung der angefochtenen Verordnung angehalten worden sein sollte, zurückzufordern.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

1. Auf das erste Begehren der Rekursschrift wird zur Zeit nicht eingetreten, sondern der Rekurrent mit demselben an die Landsgemeinde des Kantons Appenzell A.-Rh., bezw. an den Kantonsrath, zu deren Handen, verwiesen.

2. Das zweite Begehren der Rekursschrift wird im Sinne der Erwägung 4 abgewiesen.

III. Uebergriffe in das Gebiet der richterlichen Gewalt.

Empiétements dans le domaine du pouvoir judiciaire.

71. Urtheil vom 23. Juli 1880 in Sachen Niklaus.

A. Im Jahre 1873 starb in Iffwyl, Kantons Bern, die Wittwe Elisabeth Niklaus geb. Zingg. Die Erben derselben unterließen nun, eine zur Verlassenschaft der Wittwe Niklaus gehörige, auf steuerbares Grundeigenthum versicherte verzinsliche und daher gemäß Art. 43 des bernischen Gesetzes über die Vermögenssteuer vom 15. März 1856 der Kapitalsteuer unterworfene Forderung von 89 604 Fr. 10 Cts. in die Kapitalsteuer-

register der Jahre 1874 und 1875 eintragen zu lassen, so daß für diese Jahre dem Staate Bern keine Steuer bezahlt wurde. Nach Entdeckung dieser Thatsache forderte die Amtsschaffnerei Fraubrunnen, Namens des Staates Bern, von der Erbschaft Niklaus mit Zahlungsaufforderung vom 8. Oktober 1879, gestützt auf Art. 48 des Gesetzes über die Vermögenssteuer, den doppelten Betrag der Kapitalsteuer für die Jahre 1874 und 1875 mit 716 Fr. 80 Cts. ein. Die Erbschaft Niklaus anerkannte, die einfache Kapitalsteuer im Betrage von 358 Fr. 40 Cts. schuldig zu sein, bestritt dagegen, daß sie zur Bezahlung des doppelten Betrages verpflichtet sei.

B. Nachdem hierauf die Amtsschaffnerei Fraubrunnen am 15. Oktober 1879 gegen die Erbschaft Niklaus beim Regierungsstatthalteramte Fraubrunnen eine Steuerverschlagnißklage auf Bezahlung der doppelten Steuer eingereicht hatte, warf die Erbschaft Niklaus eine Kompetenzeinrede auf, indem sie das Begehren stellte, es sei zu erkennen, nicht der Administrativrichter, sondern einzig der Strafrichter sei kompetent, über die noch streitige (Steuer-) Buße zu entscheiden und es sei deßhalb die Angelegenheit dem letztern zu überweisen. Nach Mitgabe des bernischen Gesetzes über das Verfahren bei Streitigkeiten über öffentliche Leistungen vom 20. März 1854, welches das Verfahren bei Kompetenzkonflikten zwischen Gerichts- und Verwaltungsbehörden regelt, wurde hierauf die Angelegenheit an den Regierungsrath und das Obergericht zur Entscheidung der Kompetenzfrage geleitet. Durch übereinstimmenden Beschluß beider Behörden vom 10. und 11. Februar 1880 wurde diese Frage im Sinne der Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden erledigt, bezw. es wurde die vom Regierungsrathe in Anspruch genommene Kompetenz der Verwaltungsbehörden vom Obergerichte anerkannt.

C. Gegen diese ihr am 8. März d. J. eröffnete Entscheidung ergriff die Erbschaft Niklaus den Rekurs an das Bundesgericht. Sie stellt die Anträge:

1. Es sei der Entscheid des bernischen Obergerichtes und Regierungsrathes zu kassiren und in der Streitsache der Amtsschaffnerei Fraubrunnen, Namens sie handelt, gegen die Erb-

schaft Niklaus der Strafrichter (Polizeirichter) zuständig zu erklären.

2. Es sei die Amtsschaffnerei Fraubrunnen, Namens sie handelt, in die Kosten zu verurtheilen.

Zur Begründung wird im Wesentlichen ausgeführt: Es verstoße schon das Gesetz über das Verfahren bei Streitigkeiten über öffentliche Leistungen vom 20. März 1854, welches alle Streitigkeiten über öffentliche Leistungen, insbesondere alle Steuerstreitigkeiten zur Entscheidung an die Verwaltungsbehörden verweise, gegen die Prinzipien der bernischen Kantonalverfassung, nämlich gegen den Art. 11 derselben, welcher bestimme: „Die administrative und richterliche Gewalt ist in allen Stufen der Staatsverwaltung getrennt," und gegen Art. 83 al. 3, welcher besage: „Der Staat ist schuldig über jede gegen ihn angebrachte Klage, welche einen Gegenstand des Mein und Dein betrifft, vor den Gerichten Recht zu nehmen, der Grund der Klage mag sein, welcher er wolle, mit Ausnahme jedoch des Falles, wo wegen eines verfassungsmäßig erlassenen Gesetzes geklagt wird." In diesen Verfassungsbestimmungen sei offenbar der Grundsatz niedergelegt, daß die richterliche Gewalt überall da zur Entscheidung befugt sei, wo Streitigkeiten über Gegenstände entstehen, welche Vermögensrechte des Bürgers in letzter Linie berühren, sei es, daß die geforderte Leistung auf privatrechtlicher oder öffentlich rechtlicher Grundlage beruhe; demgemäß sei auch das früher geltende Gesetz über die Prozeßform in Administrativstreitigkeiten vom Jahre 1818 aufgehoben worden. Nun nehme aber die Steuerschuld des Bürgers in letzter Linie als Zahlung einer Geldschuld den Charakter einer privatrechtlichen Leistung an, welche sich von andern privatrechtlichen Schulden nur durch ihren Entstehungsgrund, welcher im öffentlichen Rechte liege, unterscheide und es sei mithin, nach den erwähnten Verfassungsbestimmungen, über den Bestand von Steueransprüchen des Staates durch den Richter zu entscheiden, das Gesetz über das Verfahren bei Streitigkeiten über öffentliche Leistungen, welches solche Streitigkeiten der Entscheidung der Verwaltungsbehörden zuweise, also verfassungswidrig. Allein im vorliegenden Falle handle es sich überhaupt nicht um eine gewöhnliche

Steuerforderung, sondern vielmehr um eine Vermögensstrafe, eine Buße. Dies ergebe sich aus dem Gesetze über die Vermögenssteuer, um dessen Anwendung es sich hier handle, selbst. Die §§ 46—48 dieses Gesetzes tragen die Ueberschrift: Ausführungsmodus. Widerhandlung. Buße. Inhaltlich dann werde in diesen Gesetzesparagraphen bestimmt, daß der Gemeindrath den Steuerpflichtigen Formulare zustellen solle, daß aber übergangene Steuerpflichtige nichtsdestoweniger verbunden seien, die Formulare zu erheben (§ 46) und den Verhältnissen entsprechend auszufüllen. In § 47 werde der Gläubiger verpflichtet, bei Erhöhung des Zinsfußes eines unterpfändlich versicherten Kapitals diese anzuzeigen, unter Androhung der „Buße" für die Steuerdifferenz im Unterlassungsfalle. § 48 sodann laute wörtlich: „Für versteuerbare Kapitalien oder Renten, welche der „Gläubiger in das Steuerregister einzutragen unterläßt, hat „derselbe im Entdeckungsfalle den zweifachen Betrag der Steuer „nachzuzahlen. Erfolgt diese Entdeckung erst nach seinem Tode, „so haftet dafür seine Erbschaft." Schon die vom Gesetzgeber gebrauchten Ausdrücke, Widerhandlung und Buße, ergeben, daß derselbe hier strafrechtliche Bestimmungen habe aufstellen wollen, und es liege auch der Thatbestand einer Polizeiübertretung vollständig vor, da vom Gesetzgeber eine allgemeine Pflicht, sich in die Kapitalsteuerregister eintragen zu lassen, statuirt und demjenigen, der dieselbe nicht erfülle, die zwangsweise Entziehung eines Theiles seines Vermögens als Strafübel angedroht werde. Demnach sei denn auch in einem andern Steuergesetze, nämlich in dem Gesetze über die Erbschafts- und Schenkungssteuer vom 26. Mai 1864 mit Abänderungen vom 4. Mai 1879, ausdrücklich bestimmt, daß im Streitfalle über Bußforderungen des Staates durch den Polizeirichter zu entscheiden sei. Wenn es sich nun aber vorliegend um eine Vermögensstrafe handle, so sei zu deren Verhängung nach Art. 7 des Gesetzes über die Einführung des Strafgesetzbuches vom 30. Januar und 27. Dezember 1866 einzig der Gerichtspräsident als Polizeirichter, der über alle im Strafgesetzbuche oder in besondern Gesetzen nur mit einer Geldbuße bedrohten Handlungen zu urtheilen habe, kompetent. Die übereinstimmende Entscheidung des Regierungs-

rathes und des Obergerichtes, durch welche der vorliegende Fall dem Strafrichter entzogen und den Administrativbehörden zur Beurtheilung zugewiesen werden wolle, verletze daher den § 11 der bernischen Staatsverfassung, denn er autorisire ein Hinübergreifen der Administrativgewalt in das Gebiet des Strafrichters, sowie im Fernern den Art. 74 dieser Verfassung, wonach Niemand seinem ordentlichen Richter entzogen werden dürfe, und mit welchem Art. 58 der Bundesverfassung inhaltlich übereinstimme. Ordentlicher Richter sei nämlich offenbar der nach der bestehenden Gerichtsorganisation zuständige Richter und diesem wolle die Rekurrentin im vorliegenden Falle entzogen werden, und zwar offenbar deßhalb, um die Anwendung des Art. 9 der bernischen Strafprozeßordnung, wonach Polizeiübertretungen, zu welchen alle nur mit Geldbuße bedrohten Handlungen gehören, in zwei Jahren verjähren, zu Gunsten des Fiskus auszuschließen.

D. Der Regierungsrath des Kantons Bern trägt in seiner Vernehmlassung auf Abweisung des Rekurses unter Kostenfolge an, indem er wesentlich geltend macht: Der erste Beschwerdegrund der Rekurrentin, die von ihr behauptete Verfassungswidrigkeit des Gesetzes über das Verfahren bei Streitigkeiten über öffentliche Leistungen, sei offenbar unbegründet. Denn wenn auch Art. 11 der Kantonalverfassung das Prinzip der Trennung der administrativen und der richterlichen Gewalt ausspreche, so spreche sich die Verfassung doch nirgends darüber aus, welche Gebiete zur Kompetenz der administrativen und welche zu derjenigen der richterlichen Gewalt gehören. § 42 der Verfassung anerkenne auch ausdrücklich die Kompetenz der Regierungsbehörden zur Entscheidung reiner Verwaltungsstreitigkeiten. Die Regel, welche die Rekurrentin aufstelle, daß die Entscheidung aller Streitigkeiten, welche in letzter Linie das Vermögen der Bürger berühren, dem Richter zustehe, finde keinen Anhalt in der Verfassung; insbesondere folge er nicht aus Art. 83 l. 3 derselben, welcher vielmehr lediglich auf Streitigkeiten über wohlerworbene Rechte zu beziehen sei. Auch aus der durch das Promulgationsdekret zur Civilprozeßordnung vom 31. Heumonat 1847 geschehenen Aufhebung der frühern Prozeßform in Administrativsachen könne nichts zu Gunsten der

Rekurrentin gefolgert werden, vielmehr sei diese Aufhebung, wie der Berichterstatter des Regierungsrathes in seinem Eingangsberichte zu dem angefochtenen Gesetze im Großen Rathe (s. Tagblatt desselben von 1854, S. 360 und 361) ohne Widerspruch erklärt habe, lediglich auf ein Versehen zurückzuführen und habe eine sehr empfindliche Rechtsunsicherheit geschaffen, welche dann eben durch das Gesetz vom 20. März 1854 habe gehoben werden sollen. Die Theorie der Rekurrentin würde auch zu den absurdesten Konsequenzen führen. Wenn demnach das Gesetz vom 20. März 1854 verfassungsmäßig unanfechtbar sei, so qualifizire sich nach § 19 desselben und nach § 57 des Gesetzes über die Vermögenssteuer der Streit zwischen dem Staate Bern und der Rekurrentin als eine Streitigkeit über die Pflicht zu einer öffentlichen Leistung, welche unzweifelhaft von den Verwaltungsbehörden zu beurtheilen sei. Die in § 48 des Gesetzes über die Vermögenssteuer für den Fall der Unterlassung der Eintragung in das Kapitalsteuerregister angedrohte Verdoppelung der Steuer nämlich sei zwar wohl eine Buße im weitern Sinne, allein keine strafrechtliche Buße bezw. Vermögensstrafe, welche einzig vom Polizeirichter verhängt werden könnte, sondern eine bloße Ordnungsbuße, ein Disziplinarmittel, dessen Anwendung den Steuerbehörden im Interesse einer wirksamen Steuerkontrolle eingeräumt worden sei. Demnach finde z. B. im Falle der Uneinbringlichkeit eine Umwandlung in Gefängniß nicht statt, komme es darauf, ob die Eintragung absichtlich oder unabsichtlich unterlassen worden sei, nicht an u. s. w. Solche Bußen von rein disziplinarischem Charakter kenne die bernische Gesetzgebung nicht bloß in Steuersachen, sondern auch anderweitig, z. B. im Civilprozesse in Bezug auf Achtungsverletzungen gegenüber dem Richter, Beleidigungen der Parteien und Anwälte untereinander u. s. w. Derartige Bußen können denn natürlich, da sie eben allen strafrechtlichen Charakters entbehren, nicht nur vom Strafrichter, sondern auch von andern Behörden ausgesprochen werden. Damit erledigen sich auch alle von der Rekurrentin erhobenen Einwände; was insbesondere die Berufung auf das Erbschaftssteuergesetz anbelange, so könne aus demselben, da es sich auf ein ganz anderes Steuergebiet be-

ziehe, offenbar für die Vermögenssteuer nichts gefolgert werden. Uebrigens unterscheide § 28 des Erbschaftssteuergesetzes vom 26. Mai 1864 ausdrücklich zwischen der Buße als Ordnungsstrafe und der Buße als Polizeistrafe; nur für letztere sei im Streitfalle die Beurtheilung durch den Polizeirichter vorgesehen; § 7 des Abänderungsgesetzes vom 6. Mai 1879 dann habe dies dahin abgeändert, daß an die Stelle der strafrechtlichen Buße überall da, wo kein dolus vorliege, die bloße Ordnungsstrafe treten solle und diese werde auch auf dem Gebiete der Erbschaftssteuer von den zuständigen Verwaltungsbehörden ausgesprochen. Es sei demgemäß auch in zwanzigjähriger Praxis das Gesetz über die Vermögenssteuer stets ohne Widerspruch dahin angewendet worden, daß die in § 48 desselben angedrohte Ordnungsstrafe von den Verwaltungsbehörden verhängt worden sei.

E. In ihrer Replik bekämpft die Rekurrentin in eingehender Ausführung die Aufstellungen der Vernehmlassung, indem sie denselben gegenüber an ihren frühern Behauptungen festhält und die gestellten Anträge erneuert; insbesondere weist sie darauf hin, daß die in § 48 des Vermögenssteuergesetzes angedrohte Ordnungsstrafe nicht als Steuerrückstand betrachtet werden könne und daß daher der von der Gegenpartei angerufene § 57 leg. cit. auf dieselbe seiner ganzen Fassung nach nicht bezogen werden könne.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Rekurrentin begründet ihre Beschwerde in erster Linie mit der Behauptung, daß das Gesetz über das Verfahren bei Streitigkeiten über öffentliche Leistungen vom 25. März 1854, wonach Streitigkeiten über öffentliche Leistungen, insbesondere über Steuern, von den Verwaltungsbehörden zu beurtheilen sind, gegen die Bestimmungen des Art. 11 sowie des Art. 83 l. 3 der bernischen Kantonsverfassung verstoße. Dieser Anschauung kann indeß keinenfalls beigetreten werden. Denn:

a. Von einer Verletzung des in Art. 11 der Staatsverfassung ausgesprochenen Grundsatzes, daß die administrative und richterliche Gewalt auf allen Stufen der Staatsverwaltung getrennt sei, kann vorab keine Rede sein. Denn dieser Grundsatz, welcher lediglich verlangt, daß die administrative und richter-

liche Gewalt auf allen Stufen der Staatsverwaltung getrennt zu organisiren seien, wird dadurch, daß das Gesetz die Streitigkeiten über öffentliche Leistungen den Administrativbehörden und nicht den Gerichten zur Entscheidung zuweist, offensichtlich in keiner Weise berührt, da ja durch diese gesetzliche Anordnung lediglich die Funktionen der beiden Gewalten abgegrenzt, dagegen keineswegs der einen Gewalt eine mit dem verfassungsmäßigen Grundsatze unverträgliche Einwirkung auf die Funktionen der andern eingeräumt wird.

b. Wenn sodann der § 83 Abs. 3 der bernischen Staatsverfassung ausspricht, daß der Staat schuldig sei über jede gegen ihn angebrachte Klage, welche einen Gegenstand des Mein und Dein betreffe, vor den Gerichten Recht zu nehmen, der Grund der Klage sei welcher er wolle, mit einziger Ausnahme des Falles, wenn wegen eines verfassungsmäßig erlassenen Gesetzes geklagt werde, so ist hierin der von der Rekurrentin behauptete Rechtssatz, daß alle Streitigkeiten zwischen dem Staate und Privaten, welche irgendwie das Vermögen der letztern berühren, durch die Gerichte zu beurtheilen seien, offenbar in keiner Weise ausgesprochen. Vielmehr liegt darin lediglich, daß der Staat verpflichtet sei, über alle gegen ihn erhobenen vermögensrechtlichen, auf ein behauptetes erworbenes Recht bezw. dessen Verletzung begründeten Ansprüche vor den Gerichten Recht zu nehmen und es sollte dadurch, insbesondere durch die Worte „der Grund der Klage mag sein welcher er wolle," wohl lediglich die Anschauung zurückgewiesen werden, daß der Staat berechtigt sei, die Beurtheilung durch die Gerichte dann abzulehnen, wenn eine Klage auf eine behauptete Verletzung von Privatrechten durch hoheitliche Verfügungen der Staatsbehörden z. B. eine Entschädigungsklage auf Verletzung des Eigenthums durch polizeiliche Anordnungen der Regierung begründet wird. Dafür spricht sowohl die Entstehungsgeschichte als auch die ganze Fassung der in Frage stehenden Verfassungsbestimmung, wie der Umstand zeigt, daß diese nur den Fall im Auge hat, wo der Staat als Beklagter belangt werden will, während sie von dem Falle, daß der Staat seinerseits mit einer Forderung auftritt, gar nicht spricht.

c. Die bernische Staatsverfassung enthält überhaupt nähere Bestimmungen über die Ausscheidung zwischen den Kompetenzen der Verwaltungsbehörden in Verwaltungsstreitigkeiten und der Gerichte in bürgerlichen Rechtssachen überall nicht. Sie begnügt sich vielmehr zu bestimmen einerseits, daß die Rechtspflege in bürgerlichen und Strafrechtssachen einzig durch die verfassungsmäßigen Gerichte ausgeübt werde (§ 50 derselben), andrerseits, daß der Regierungsrath höchstinstanzlich alle reinen Verwaltungsstreitigkeiten, die nicht in die Kompetenz des Regierungsstatthalters fallen, entscheide, während sie eine Begriffsbestimmung der reinen Verwaltungsstreitigkeiten bezw. eine Abgrenzung derselben gegenüber den bürgerlichen Rechtssachen nicht giebt, sondern dieselbe der Gesetzgebung überläßt. Streitigkeiten über öffentliche Leistungen, insbesondere über Steuerforderungen, gehören nun jedenfalls ihrer Natur nach nicht zu den bürgerlichen Rechtssachen, da die Steuer nicht kraft Privatrechtes, sondern kraft des staatlichen Hoheitsrechtes gefordert wird und es kann somit darin, daß der bernische Gesetzgeber die Entscheidung über derartige Streitigkeiten, welche bekanntlich überhaupt in den meisten Staaten nicht den Civilgerichten, sondern den Verwaltungsgerichten oder Verwaltungsbehörden zusteht, den letztern überwiesen hat, eine Verfassungsverletzung keinenfalls gefunden werden. Es mag endlich noch darauf hingewiesen werden, daß auch nach der bernischen Civilprozeßordnung vom 31. Heumonat 1847, auf welche sich die Rekurrentin deßhalb beruft, weil durch das Promulgationsdekret zu derselben das frühere Gesetz über das Administrativprozeßverfahren aufgehoben wurde, Steuerstreitigkeiten keineswegs als Civilprozeßsachen betrachtet werden konnten, da nach § 1 derselben das Civilgericht nur „privatrechtliche Streitigkeiten," zu welchen zweifellos Steuerstreitigkeiten nicht gehören, zu beurtheilen hat, so daß auch vor dem Inkrafttreten des Gesetzes betreffend das Verfahren bei Streitigkeiten über öffentliche Leistungen, Steuerstreitigkeiten nicht nach Maßgabe der Civilprozeßordnung, sondern nach Maßgabe der darüber bestehenden besondern Gesetze zu behandeln waren.

2. Was sodann den zweiten Beschwerdegrund der Rekurrentin

anbelangt, daß nämlich die Verdoppelung der Steuer, wie Art. 48 des Gesetzes über die Vermögenssteuer sie für den Fall unterlassener Eintragung in das Kapitalsteuerregister vorschreibe, als eine Vermögensstrafe (Polizeibuße) zu betrachten sei und daher nach Verfassung und Gesetzgebung des Kantons Bern nicht durch die Administrativbehörde, sondern nur durch den Polizeirichter verhängt werden dürfe, so ist zwar zuzugeben, daß, sofern der erwähnte in Art. 48 leg. cit. angedrohte Vermögensnachtheil sich als eine Vermögensstrafe (Polizeibuße) qualifiziren sollte, derselbe, gemäß der bernischen Kantonalverfassung nur durch den Strafrichter, nicht durch die Verwaltungsbehörden auferlegt werden dürfte. Denn wenn Art. 79 der bernischen Kantonalverfassung den Grundsatz aufstellt, daß Niemand seinem ordentlichen Richter entzogen werden dürfe, so ist der Sinn dieser Gewährleistung offenbar der, daß Niemand dem nach Mitgabe der bestehenden Gerichtsorganisation gesetzlich kompetenten Richter entzogen werden dürfe und nach Art. 7 des Einführungsgesetzes zum bernischen Strafgesetzbuche ist nun der Gerichtspräsident als Polizeirichter für alle im Strafgesetzbuche oder in besondern Gesetzen nur mit Geldbuße bedrohten Straffälle der gesetzliche Richter, während den Administrativbehörden, gemäß dem in Art. 50 der Kantonalverfassung ausgesprochenen Grundsatze, auch in Polizeistraffällen eine eigentliche Strafgewalt überall nicht zusteht. Allein dem erwähnten Vermögensnachtheile, wie ihn Art. 48 leg. cit. androht, kann der Charakter einer Vermögensstrafe, bezw. einer Buße strafrechtlicher Natur, nicht beigemessen werden, sondern derselbe ist vielmehr als eine auf Nichterfüllung einer Verwaltungsvorschrift gesetzte Ordnungsbuße disziplinarischer Natur aufzufassen. Denn:

a. Nicht alle für eine Handlung oder Unterlassung in Form einer Buße gesetzlich angedrohten Vermögensnachtheile charakterisiren sich als Vermögensstrafen, bezw. als Bußen strafrechtlicher Natur. Vielmehr qualifiziren sich manche derartige Bußen im weitern Sinne lediglich als Ordnungsbußen, durch deren Verhängung keineswegs die Bestrafung einer widerrechtlichen Handlung bezweckt wird, sondern bloß die Durchführung einer im öffentlichen Interesse liegenden Anordnung gesichert werden soll,

so z. B. die Ordnungsbußen im Civilprozesse u. s. w. Daraus also, daß das Vermögenssteuergesetz mit Bezug auf den in Rede stehenden Vermögensnachtheil gelegentlich den Ausdruck Buße gebraucht, kann jedenfalls der strafrechtliche Charakter desselben nicht gefolgert werden, da eben als Bußen nicht nur strafrechtliche Bußen, sondern auch bloße Ordnungsstrafen und dergleichen bezeichnet zu werden pflegen.

b. Gegen den strafrechtlichen Charakter der fraglichen Buße fällt dagegen entscheidend ins Gewicht, daß dieselbe jeden, der die vorgeschriebene Eintragung in das Kapitalsteuerregister nicht bewirkt, gleichmäßig trifft, ohne daß darauf, ob der fraglichen Unterlassung die Absicht der Steuerhinterziehung zu Grunde lag oder nicht, irgend etwas ankäme, sowie daß dieselbe, gemäß Art. 48 leg. cit., wenn die Entdeckung erst nach dem Tode des betreffenden fehlbaren Gläubigers erfolgt, von dessen Erbschaft beizutreiben ist, während die Vermögensstrafen nach Art. 26 des bernischen Strafgesetzbuches persönlich sind und nur dann von den Erben beigetrieben werden können, wenn gegen den Erblasser bereits auf Geldbuße erkannt war. Darin zeigt sich, daß die fragliche Geldbuße nicht als ein auf Repression eines widerrechtlichen Willens gerichtetes Strafübel, sondern als eine im Interesse einer wirksamen Steuerkontrolle für Uebertretung einer Verwaltungsvorschrift angedrohte Ordnungsbuße zu betrachten ist.

c. Demgemäß kann darin, daß die Entscheidung darüber, ob die Rekurrentin die geforderte Buße schulde, von den bernischen Behörden in den Administrativweg gewiesen worden ist, eine Verfassungsverletzung nicht erblickt werden; es hat denn auch unbestrittenermaßen die bisherige Praxis im Kanton Bern das Gesetz stets in diesem Sinne angewendet, d. h. es wurde die fragliche Ordnungsbuße als Steuernachzahlung im Administrativwege eingefordert und auch in andern Kantonen wird das gleiche Verfahren beobachtet.

d. Wenn endlich die Rekurrentin sich darauf beruft, daß über Steuerbußen in Bezug auf Erbschafts- und Schenkungssteuern nach den bezüglichen bernischen Gesetzen der Polizeirichter zu entscheiden habe, so kann daraus offensichtlich für den vorliegen-

den Fall nichts gefolgert werden, da für die Vermögenssteuer zugestandenermaßen eine derartige gesetzliche Vorschrift nicht besteht.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird als unbegründet abgewiesen.

Fünfter Abschnitt. — Cinquième section.

Staatsverträge der Schweiz mit dem Ausland.
Traités de la Suisse avec l'étranger.

Auslieferung. — Extradition.

Vertrag mit Frankreich vom 15. Juni 1869.
Traité avec la France du 15 juin 1869.

72. *Arrêt du 18 Septembre 1880 dans la cause Roubaud.*

Sous date du 17 Août 1870, le Conseil de guerre permanent de la VIIe division militaire française, séant à Besançon, a condamné par contumace le nommé Roubaud, Casimir-Eugène, sergent-major au 78e de ligne, fugitif, à cinq ans de travaux forcés, à la dégradation militaire et à la surveillance perpétuelle de la haute police, en vertu des art. 248, 189 du Code de justice militaire, 19 et 47 du Code pénal ordinaire, comme coupable de vol de cent trente-neuf francs cinquante centimes appartenant à la solde de sa compagnie, fonds dont il était comptable.

Par note du 21 Août 1880, l'Ambassade de France réclame l'arrestation et l'extradition de Roubaud, lequel, selon des renseignements reçus par elle, était alors domicilié à Lausanne.

Le Conseil d'Etat du canton de Vaud fit procéder effectivement le 28 dit, sur l'ordre du Conseil fédéral, à l'arrestation de l'inculpé, lequel, entendu par le préfet de Lausanne, reconnut être l'auteur du délit dont on l'accuse, mais s'opposa à l'extradition demandée, en invoquant l'art. 9 du traité d'ex-

tradition entre la Suisse et la France, et la prescription de la peine suivant les lois pénales vaudoises.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

1. L'art. 9 du traité d'extradition du 9 Juillet 1869, précité, statue que l'extradition pourra être refusée, si la prescription de la peine ou de l'action est acquise d'après les lois du pays où le prévenu s'est réfugié, depuis les faits imputés ou depuis la poursuite ou la condamnation.

2. Or il est incontestable que la loi qui eût été applicable dans le canton de Vaud dans un cas pareil à l'espèce actuelle n'est autre que la loi fédérale sur la justice pénale pour les troupes fédérales, du 27 Août 1851, à laquelle sont soumises, en vertu de l'art. 1er ibidem, toutes les personnes qui sont au service militaire fédéral ou cantonal, et introduite, en particulier, dans le dit canton, par la loi vaudoise sur la justice militaire, du 10 Février 1854.

3. A teneur de l'art. 39 litt. *b* de cette loi, la peine de la reclusion se prescrit par un laps de temps d'une durée double de celle de la peine qui avait été prononcée, sans toutefois que le temps requis pour cette prescription puisse être moindre de cinq ans ni excéder vingt-cinq ans.

Le temps requis pour la dite prescription, aux termes de la lettre *d* du même article, court depuis le jour où le jugement a été exécutoire.

4. La loi fédérale susvisée ne statuant rien sur l'époque à partir de laquelle un jugement par contumace doit être considéré comme exécutoire, il y a lieu de fixer au jour du jugement lui-même le point de départ de la prescription, attendu qu'on ne saurait admettre que son cours puisse être suspendu ou retardé indéfiniment à partir de cette époque.

5. Or, il s'est écoulé plus de dix ans, temps double de la peine prononcée contre Roubaud, entre le 17 Août 1870, jour de sa condamnation par le Conseil de guerre français et le 26 Août 1880, date de son arrestation; la prescription de la peine est donc acquise conformément à l'art. 9 précité; il n'y a ainsi pas lieu d'obtempérer, dans l'espèce, à la requête de l'Ambassade de France.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

L'extradition de Casimir-Eugène Roubaud est refusée.

---

73. *Arrêt du 2 Juillet 1880 dans la cause Verdel.*

Dans le courant de Mars, Avril et Mai 1879, trois vols furent commis dans l'arrondissement de Gex, avec les circonstances de nuit, d'effraction et d'escalade. Une partie des objets volés furent retrouvés au domicile de la femme Victorine Verdel née Larivaz, Française, logeuse, domiciliée rue de Rive, 13, à Genève; celle-ci prétendit les avoir achetés à un nommé Jean-Marie Chrétien, sujet français, demeurant à Genève, lequel reconnut en effet lui en avoir vendu une partie.

L'extradition de Chrétien, requise par la France et accordée par le Conseil fédéral, eut lieu le 21 Avril 1880.

Chrétien et la femme Verdel comparaissaient en outre, le 17 du même mois, devant les Assises de Genève, comme prévenus, le premier de divers vol commis dans ce canton, et la seconde de recel d'une partie de leur produit.

Par jugement du même jour, la Cour d'assises a condamné Chrétien à la peine de sept ans de reclusion, et libéré la femme Verdel.

Par lettre du 17 Mai 1880 au président du Département de justice et police de Genève, le défenseur de Victorine Verdel s'oppose éventuellement à l'extradition de sa cliente à la France, dans le cas où elle serait réclamée pour cause de recel. Il fait valoir les motifs ci-après :

Le crime et le délit de recel ne sont pas prévus dans le traité de 1869; le recel n'est, suivant le Code pénal français, qu'une complicité de vol, tandis que suivant le Code genevois, il forme un délit spécial. Enfin le délit de la femme Verdel n'a été commis que dans le canton de Genève et non pas en France.

Par note du 1er Juin 1880, l'Ambassade de France en Suisse requiert, en vertu de mandat d'arrêt décerné par le Juge d'instruction de Gex, et en application de l'art. 1er, N° 19 du traité entre la Suisse et la France, l'extradition de la femme Verdel, pour complicité, par recel, de vols qualifiés commis en France, crimes prévus et réprimés par les art. 379, 381, 384, 59 et 62 du Code pénal français.

Par office du 12 Juin, le Conseil d'Etat de Genève informe le Conseil fédéral que la femme Verdel s'oppose à son extradition par les motifs plus haut mentionnés.

Par lettre du 18 dit au Conseil fédéral, le défenseur de la femme Verdel confirme son opposition.

Par office du 22 Juin, le Conseil d'Etat attire de nouveau l'attention du Conseil fédéral sur le fait que, si la réclamante n'a pas été poursuivie pour tous les délits qui lui sont reprochés, elle peut l'être encore à Genève par le parquet, attendu que le délit de recel d'objets volés en France est punissable à Genève.

Sous date du 24 dit, le Conseil fédéral transmet la cause au Tribunal fédéral, en application de l'art. 58 de la loi sur l'organisation judiciaire.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

1. L'art. 1er du Traité d'extradition en vigueur entre la Suisse et la France statue que les deux gouvernements s'engagent à se livrer réciproquement les individus *réfugiés* de France en Suisse ou de Suisse en France, et poursuivis ou condamnés comme auteurs ou complices, par les tribunaux compétents pour les crimes et délits que ce même article énumère.

Il résulte de cette disposition que le pays requis a l'obligation de livrer les individus qui sont venus chercher asile sur son sol, après avoir commis *hors de son territoire* l'acte criminel ou délictueux pour lequel le pays requérant les poursuit. Cette obligation doit cesser, *a contrario*, dès le moment où il est constant que les dites infractions ont été commises exclusivement sur le territoire du pays requis.

2. Or l'Ambassade requérante n'allègue pas, et le dossier n'établit aucunement que les actes de recel dont la femme

Verdel est accusée aient été commis sur territoire français; il ressort au contraire avec certitude des pièces produites que c'est à Genève seulement, domicile régulier de la prévenue, que les actes punissables recherchés peuvent avoir été perpétrés.

La poursuite du recel, prévu et réprimé comme infraction spéciale aux art. 334 et suivants du Code pénal de Genève, appartient dès lors, dans l'espèce, aux autorités judiciaires du for du délit. La nature même de l'extradition, « acte par le» quel un Etat livre un individu accusé d'une infraction com» mise *hors de son territoire* à un autre Etat qui le réclame » et a compétence pour le punir » (voyez Villot, *Traité d'extradition*, pag. 1) ne permet point de présumer que l'Etat requis ait entendu, en stipulant une convention internationale sur cette matière, abdiquer sa juridiction à l'égard de crimes ou délits commis sur son territoire et punis par ses lois.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

L'extradition de Marie-Victoire dite Victorine Larivaz, femme Verdel, est refusée.

B. CIVILRECHTSPFLEGE
ADMINISTRATION DE LA JUSTICE CIVILE

I. Abtretung von Privatrechten.
Expropriation.

74. Urtheil vom 9. Juli 1880 in Sachen Kreditanstalt Luzern gegen Gotthardbahngesellschaft.

A. Der Urtheilsantrag der Instruktionskommission ging dahin:

1. Die Gotthardbahngesellschaft ist pflichtig, an die Kreditanstalt in Luzern zu bezahlen:

a. für 270 Q.-M. Stallplatz zu 5 Fr. . .	Fr.	1350
b. für 1635 Q.-M. Gartenanlage zu 7 Fr. .	„	11445
c. für 60 Q.-M. Hofraum zu 15 Fr. . . .	„	900
d. für das Scheune- und Stallgebäude . . .	„	17000
e. für indirekte Nachtheile	„	50000
Summa:	Fr.	80695

nebst Zins zu 5 % vom Tage der Inangriffnahme des Abtretungsobjektes an.

2. Die Kreditanstalt ist berechtigt, die Bäume auf dem Hofraum bei der Einfahrt und die brauchbaren Pflanzen und Holzgewächse in den Gartenanlagen wegzunehmen. Im Uebrigen ist die Entschädigung für die Pflanzen in der sub 1 festgesetzten Entschädigung inbegriffen.

3. Der Kreditanstalt bleiben alle Rechte zur Geltendmachung von Schadensersatzforderungen aus allfälligen schädlichen Ein-

flüssen des Bahnbetriebes auf den baulichen Zustand des Urnerhofes gewahrt.

4. Die Eisenbahngesellschaft, sowie die Expropriatin sind bei den Fakt. D angeführten Erklärungen behaftet.

5. Die Dispositive 3—6 des Schatzungsbefundes sind bestätigt.

6. Die 655 Fr. 45 Cts. betragenden Instruktionskosten werden aus dem Baarvorschusse der Eisenbahngesellschaft berichtigt; es ist indeß letztere berechtigt, einen Drittheil derselben mit 218 Fr. 50 Cts. an der der Expropriatin zukommenden Entschädigung in Abzug zu bringen. Die außergerichtlichen Kosten sind wettgeschlagen.

B. Keine der beiden Parteien hat diesen Urtheilsantrag anerkannt.

Seitens der Expropriantin wurde durch Eingabe an das Präsidium des Bundesgerichtes d. d. 11. Juni 1880 eine Vervollständigung der Akten beantragt, indem, gestützt auf die in dieser Richtung in der Oppositionsschrift der Gotthardbahngesellschaft aufgestellten Behauptungen und gestellten Begehren, das Gesuch gestellt wird, es möchte angeordnet werden, daß die speziellen Betriebsrechnungen der Kreditanstalt für den Urnerhof von 1873 bis und mit 1879 von der Expropriatin edirt werden, sowie daß Herr Bähler, gegenwärtiger Pächter des Urnerhofes, und Herr Keiser in Luzern, früherer Pächter und Gerant des Urnerhofes, als Zeugen über die Thatsachen einvernommen werden, daß die Pachtzinse nicht haben bezahlt werden können und daß überhaupt der Betrieb des Geschäftes keinen Ertrag abgeworfen, sondern den Pächter in Schaden versetzt habe.

Die Kreditanstalt in Luzern setzte diesem Vervollständigungsbegehren in erster Linie die Einwendung der Verspätung entgegen, da es nicht nach Vorschrift des Art. 174 der eidg. C.-P.-O. binnen 14 Tagen nach Schluß des Vorverfahrens angebracht worden sei. Wenn die Gotthardbahngesellschaft, um diese Verspätung zu entschuldigen, die Behauptung aufstelle, sie habe von der Thatsache, daß die Pachtzinse nicht bezahlt worden seien, erst jetzt Kenntniß erhalten, so sei diese Behauptung in keiner Weise bescheinigt. Uebrigens seien die Thatsachen, welche nach-

träglich zum Beweise verstellt werden wollen, absolut unerheblich und daher eine weitere Beweisaufnahme unzulässig. An die Pachtzinse habe überdem Herr Bähler zirka 15 000 Fr. bezahlt und für den Rest sei die Kreditanstalt gesichert. Für die Jahre, während welchen der Urnerhof in Regie betrieben worden sei (1874 und 1875), habe die Kreditanstalt die nöthigen Ausweise ans Recht gelegt; für die spätern Jahre, in welchen der Betrieb verpachtet gewesen sei, besitze sie natürlich eine spezielle Betriebsrechnung nicht. Wenn dem gegnerischen Rechtsgesuche in irgend welcher Weise sollte Rechnung getragen werden, so werde sie ihrerseits als Gegenbeweise eine Abschrift des Vertrages mit Herrn Keiser, eine Abschrift der Bürgurkunde für Pächter Bähler und die publizirten Geschäftsberichte der Kreditanstalt pro 1873/79 produziren. Aus diesen Gründen werde Abweisung des gestellten Begehrens beantragt.

Durch Entscheid des Präsidenten des Bundesgerichtes vom 21. Juni 1880 wurde, gestützt auf Art. 173 und 174 der eidg. C.-P.-O., dem Bundesgerichte selbst der Entscheid über die Zulässigkeit des gestellten Vervollständigungsbegehrens vorbehalten, dagegen, um eventuell die ununterbrochene Fortsetzung der Schlußverhandlung zu ermöglichen, die provisorische Beibringung der requirirten Beweismittel angeordnet. Demgemäß wurde der Kreditanstalt in Luzern aufgegeben, die bezeichneten Betriebsrechnungen der Bundesgerichtskanzlei in geschlossenem Couvert einzureichen und die Einvernahme der bezeichneten Zeugen durch die Bezirksgerichtspräsidenten in Luzern und Flüelen angeordnet, mit der Einladung, die daherigen Protokolle in geschlossenem Couvert dem Präsidenten des Bundesgerichtes einzusenden.

C. Bei der heutigen Verhandlung wird seitens des Vertreters der Gotthardbahngesellschaft in erster Linie darauf angetragen, es sei das gestellte Aktenvervollständigungsbegehren zuzusprechen, bezw. es seien die eventuell herbeigeschafften Beweismittel als solche zuzulassen; im Weitern sodann wird darauf aufmerksam gemacht, daß bei den Akten des Prozesses die Rekursbeantwortung der Gotthardbahngesellschaft, sowie ein derselben beigegebenes Gutachten des Architekten Moosdorf fehlen, und hierauf gestützt beantragt, es seien diese Aktenstücke vorerst zur Stelle zu

schaffen und sodann eine neue Schlußverhandlung anzusetzen, wobei dem Präsidenten des Gerichtshofes anheimgegeben werde, zu entscheiden, ob es nicht angezeigt wäre, dieselbe an Ort und Stelle abzuhalten.

Seitens des Vertreters der Kreditanstalt in Luzern wird auf Abweisung der von der Gotthardbahngesellschaft gestellten Anträge geschlossen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Was vorerst das von der Gotthardbahngesellschaft gestellte Begehren um Vervollständigung der Akten anbelangt, so kann dasselbe nur auf Art. 173 Ziffer 2 eidg. C.-P.-O. begründet werden. Denn zweifellos waren die Beweismittel, deren nachträgliche Zulassung beantragt wird, der Gotthardbahngesellschaft schon vor Schluß des Vorverfahrens bekannt, da sie ja von ihr bereits in ihrer Rekursbeantwortung angerufen worden sind.

2. Derartige Ergänzungsgesuche sind aber nach Art. 174 eidg. C.-P.-O. innerhalb 14 Tagen, von dem Tage an gerechnet, an welchem der Schluß des Vorverfahrens erklärt worden ist, bei dem Präsidenten des Bundesgerichtes einzureichen. Nun wurde im vorliegenden Falle zwar, gemäß der in Expropriationssachen bestehenden Praxis, vom Instruktionsrichter keine Verfügung erlassen, in welcher ausdrücklich der Schluß des Vorverfahrens erklärt worden wäre. Es muß aber als diejenige Verfügung, durch welche in Expropriationssachen das Vorverfahren geschlossen wird, der Urtheilsantrag des Instruktionsrichters betrachtet werden, denn durch den Erlaß des Urtheilsantrages gibt der Instruktionsrichter unzweideutig zu erkennen, daß er die Prozeßinstruktion als abgeschlossen und die Erhebung weiterer Beweise als unnöthig erachte. Nun wurde im vorliegenden Falle der vom 30. März 1880 datirende Instruktionsantrag der Gotthardbahngesellschaft am 18. April gl. J. insinuirt, während das von dieser gestellte Ergänzungsgesuch erst vom 10. Juni 1880 datirt. Dasselbe muß mithin, wegen Verabsäumung der in Art. 174 cit. vorgeschriebenen 14tägigen Frist, als verspätet zurückgewiesen werden.

3. Dagegen muß unzweifelhaft dem Begehren der Gotthardbahngesellschaft, daß die Schlußverhandlung und das Urtheil bis

zur Beibringung ihrer Rekursbeantwortung, sowie des derselben beigegebenen Parteigutachtens ausgesetzt werde, stattgegeben werden, da die Parteien ohne Zweifel berechtigt sind, zu verlangen, daß das urtheilende Gericht von sämmtlichen Akten des Prozesses Kenntniß nehme.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

1. Das von der Gotthardbahngesellschaft gestellte Gesuch um Ergänzung der Akten wird als verspätet zurückgewiesen.

2. Schlußverhandlung und Urtheil in der Hauptsache werden bis zur Beibringung der von der Gotthardbahngesellschaft eingereichten Rekursbeantwortung und ihrer Beilagen ausgesetzt. Der Entscheid über die Kosten wird bis zum Entscheide in der Hauptsache ebenfalls ausgesetzt.

---

75. Urtheil vom 24. Juli 1880 in Sachen Kreditanstalt Luzern gegen Gotthardbahngesellschaft.

A. Nachdem das Bundesgericht am 9. Juli abhin das von der Gotthardbahngesellschaft gestellte Gesuch um Ergänzung der Akten als verspätet abgewiesen, im Weitern dagegen erkannt hatte, Schlußverhandlung und Urtheil in der Hauptsache bis zur Beibringung der von der Gotthardbahngesellschaft eingereichten Rekursbeantwortung und ihrer Beilagen auszusetzen, wurde heute, nach Beibringung der erwähnten Aktenstücke, die Schlußverhandlung wiederum aufgenommen.

B. Bei der heutigen Verhandlung wird zunächst seitens der Vertreter beider Parteien die Erklärung abgegeben, daß zwischen Parteien lediglich noch die Entschädigung für indirekte Nachtheile streitig sei, während im Uebrigen der Instruktionsantrag anerkannt werde. Im Weitern stellt der Vertreter der Kreditanstalt in Luzern die Anträge:

1. Es sei als Entschädigung für indirekten Schaden gemäß dem Gutachten der Minderheit der bundesgerichtlichen Expertenkommission der Expropriatin der Betrag von 70 000 Fr. gutzusprechen.

2. Die Expropriantin sei zu Bezahlung der Gerichtskosten, sowie einer außerrechtlichen Entschädigung an die Expropriatin zu verurtheilen, eventuell sei dieselbe wenigstens in die Kosten der nachträglichen Zeugeneinvernahme, sowie in die Gerichtskosten des bundesgerichtlichen Vorstandes vom 9. Juli und in eine daherige außerrechtliche Entschädigung an die Expropriatin zu verurtheilen.

Der Vertreter der Gotthardbahngesellschaft seinerseits beantragt: Es sei unter Abweisung der gegnerischerseits gestellten Anträge die Entschädigung für indirekten Schaden erheblich herabzusetzen, unter Kostenfolge.

Replicando und duplicando halten die Vertreter der Parteien die gestellten Anträge aufrecht, indem sie gleichzeitig Abweisung der gegnerischen Begehren beantragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Nach den heutigen Erklärungen der Parteien handelt es sich nur noch um Feststellung der Entschädigung für indirekte Nachtheile, während in Bezug auf alle andere Punkte zwischen den Parteien kein Streit mehr besteht.

2. Seitens des Vertreters der Expropriatin ist nun zu Begründung seines Antrages auf Festsetzung der indirekten Entschädigung wesentlich darauf hingewiesen worden, daß in Bezug auf die Werthung des dem Hôtel Urnerhof durch die Expropriation erwachsenden indirekten Schadens zwischen der Schätzungskommission und den von ihr beigezogenen Fachexperten, der Mehrheit der bundesgerichtlichen Expertenkommission, welcher die bundesgerichtliche Instruktionskommission beigetreten sei, und der Minderheit dieser Expertenkommission, welche aus den beigezogenen speziellen Fachexperten bestehe, die wesentlichsten Differenzen bestehen, indem die von der Schatzungskommission beigezogenen Sachverständigen denselben auf 80 000 Fr. werthen, während die Schatzungskommission ihn nur auf 30 000 Fr. veranschlage, die Mehrheit der bundesgerichtlichen Expertenkommission hinwiederum ihn auf 50 000 Fr. schätze, während die Minderheit eine Werthung von 70 000 Fr. für angemessen halte. Angesichts dieser Differenzen müsse der Richter, welchem spezielle Fachkenntnisse abgehen, zwischen den verschiedenen ihm vorliegenden sach-

verständigen Schätzungen wählen; dabei sei es aber gewiß das richtigste, wenn der Richter der Ansicht derjenigen Experten folge, welche unbestreitbar gerade in dem hier in Betracht kommenden Fache, nämlich dem Hôtelwesen, am meisten Sachkenntniß besitzen. Dieses Prinzip aber müsse zur Annahme der Schatzung der Minorität der bundesgerichtlichen Expertenkommission führen, da diese durch anerkannte spezielle Fachmänner im Hôtelwesen gebildet werde. Dieses Verfahren erscheine um so mehr als richtig, als in Beziehung auf Werthung des Besitzthums der Expropriatin auf zirka 250 000 Fr., sowie in Bezug auf die eintretenden Inkonvenienzen sämmtliche bundesgerichtliche Experten einig gehen, während dieselben nur in Bezug auf die Schatzung der infolge der fraglichen Inkonvenienzen eintretenden Werthverminderung, welche von der Mehrheit auf 20, von der Minderheit dagegen auf 28 % des Gesammtwerthes der Besitzung veranschlagt werde, differiren. Seitens des Vertreters der Gotthardbahngesellschaft dagegen wird zunächst darzuthun gesucht, daß die bundesgerichtlichen Experten den Werth des Hôtels Urnerhof viel zu hoch veranschlagen, da sie auf die wirkliche Rendite des Geschäftes zu wenig Rücksicht genommen haben und daß dieselben infolge dessen auch zu einer zu hohen Schatzung der Inkonvenienzenentschädigung gelangen. Allein es seien auch bei Feststellung der letztern Momente in Berücksichtigung gezogen worden, welche rechtlich gar nicht in Betracht fallen dürfen. Entschädigung sei nur zu leisten für die aus der Abtretung entstehenden Vermögensnachtheile, dagegen sei die Gotthardbahngesellschaft keineswegs verpflichtet, für anderweitige, mit der Abtretung nicht im kausalen Zusammenhange stehende, der Expropriatin allfällig aus dem Bau und Betrieb der Bahn erwachsende Nachtheile Ersatz zu leisten; nun haben aber die Experten gerade solche Momente, die Verlegung der Straße, die dadurch erschwerte Zufahrt zum Hôtel und die Belästigung desselben durch Rauch u. s. w. infolge des Bahnbetriebes, als wesentliche Faktoren mit in Berücksichtigung gezogen. Die Eliminirung dieser Momente müsse zu einer erheblichen Reduktion der Entschädigung, auch gegenüber dem Ansatze der Schatzungskommission, führen. Jedenfalls aber beruhe die Art und Weise, wie die bundesgerichtlichen

Experten, sowohl die Majorität als die Minorität derselben, zu dem von ihnen angenommenen Entschädigungsansatze gelangt seien, insofern auf einem evidenten Irrthum, als dieselben die Minderwerthsentschädigung nach Prozenten des Gesammtwerthes des Besitzthums der Expropriatin berechnet, dabei aber gar nicht in Berechnung gezogen haben, daß die Expropriantin einen Theil dieses Besitzthums enteignet habe und dafür direkte Entschädigung bezahlen müsse.

3. In Würdigung des beigebrachten Beweismaterials und der Parteianbringen nun ist zunächst davon auszugehen, daß die bundesgerichtlichen Experten und die Instruktionskommission, welche insoweit sämmtlich einig gehen, den Werth des Besitzthums der Expropriantin richtig festgestellt haben und es können die abweichenden Ausführungen des Vertreters der Gotthardbahngesellschaft im heutigen Vortrage, angesichts der Thatsache, daß in Bezug auf diesen Punkt das sachverständige Gutachten der sämmtlichen bundesgerichtlichen Experten mit der auf Grund der Lokalbesichtigung festgestellten Werthung der bundesgerichtlichen Instruktionskommission völlig übereinstimmt, nicht in Betracht kommen.

4. Dagegen ist allerdings nicht zu verkennen, daß bei Feststellung der in Betracht kommenden Inkonvenienzen die bundesgerichtlichen Experten einzelne Faktoren in Anschlag gebracht oder wenigstens in ihrem Gutachten angeführt haben, welche rechtlich nicht in Betracht kommen können. Es ist nämlich unzweifelhaft feststehender Rechtsgrundsatz (vergl. Art. 3 des Bundesgesetzes betreffend Verbindlichkeit zur Abtretung von Privatrechten), daß vom Exproprianten nur diejenigen dem Expropriaten entstehenden Nachtheile zu vergüten sind, welche letzterem durch die Enteignung erwachsen, d. h. welche ihm infolge von Eingriffen in sein Eigenthum seitens des Exproprianten entstehen und welche Schädigungen er daher, abgesehen von dem Enteignungsrechte, auf Grund seines Eigenthums als rechtswidrig zu untersagen befugt wäre. Hieher gehört nun jedenfalls der der Expropriatin durch Verlegung der bisher unmittelbar neben ihrer Besitzung vorbeiführenden Straße, bezw. den Umstand, daß die Bahnlinie das Hôtel von der verlegten Straße abschneidet, erwachsende Schaden nicht, denn die Expropriatin

hatte ohne Zweifel kein erworbenes Recht auf den Fortbestand der bisherigen Straße und wäre durchaus nicht berechtigt gewesen, einer durch die kompetenten Behörden beschlossenen Verlegung derselben sich zu widersetzen. Der daherige Schaden ist also kein aus der Enteignung erstandener und von der Expropriantin zu vergütender.

5. Allein es ist nun nicht ersichtlich, inwieweit derartige Faktoren, welche im Gutachten der Experten lediglich aufgezählt werden, auf die von diesen beantragte Festsetzung der Entschädigung thatsächlich eingewirkt haben. In Berücksichtigung dieses Umstandes, sowie überhaupt in freier richterlicher Würdigung aller Verhältnisse und beigebrachten Beweismittel, erscheint es, insbesondere angesichts der Thatsache, daß die Schatzungen der Sachverständigen bedeutend differiren, daß im Fernern die speziellen Fachexperten die eintretenden Inkonvenienzen noch erheblich höher veranschlagen, als die übrigen Sachverständigen und die Instruktionskommission, während die von letzterer in Uebereinstimmung mit der Mehrheit der von ihr beigezogenen Sachverständigen adoptirte Werthung die Mitte zwischen den verschiedenen Schatzungen hält, als das richtigste, der Urtheilsantrag der Instruktionskommission einfach zu bestätigen.

6. Hievon ist auch nicht etwa deßhalb abzugehen, weil die bundesgerichtlichen Experten bei der Festsetzung der Inkonvenienzentschädigung, die sie nach Prozenten des Werthes des Besitzthums der Expropriatin berechnet haben, die Gesammttaxation des letztern ohne Abzug der für den enteigneten Theil zu bezahlenden direkten Entschädigung zu Grunde gelegt haben, während natürlich eine zu vergütende Werthverminderung nur für den der Expropriatin verbleibenden Theil entsteht. Denn es ist zweifellos anzunehmen, daß die Experten dieses Verhältniß bei ihrer Schatzung mitberücksichtigt, bezw. den für Minderwerth angenommenen Prozentsatz gerade mit Rücksicht hierauf festgesetzt haben.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Urtheilsantrag der bundesgerichtlichen Instruktionskommission Dispositiv 1—5 wird zum Urtheile erhoben.

II. Verpfändung und Zwangsliquidation von Eisenbahnen.

Hypothèque et liquidation forcée des chemins de fer.

76. Beschluß vom 17. Juli 1880 in Sachen des interkantonalen Komité's der Nationalbahngemeinden betreffend Rückerstattung der geleisteten Kaution.

A. Das interkantonale Komité der Nationalbahngemeinden hatte, um bei der ersten, am 30. August 1879 stattgefundenen Versteigerung der Linien der Nationalbahn als Bieter unter Ratifikationsvorbehalt zugelassen zu werden, gemäß den Steigerungsbedingungen vom 29. Mai 1879 (Art. 24 und 25) eine Kaution von 50 000 Fr. bestellt. Durch Zuschlag des Massaverwalters vom Steigerungstage und durch Beschluß des Bundesgerichtes vom 26. September 1879 wurden dem interkantonalen Komité der Nationalbahngemeinden beide Sektionen der Nationalbahn um die Summe von zusammen 4 400 000 Fr. zugeschlagen. Neben dem interkantonalen Komité hatte bei der ersten Versteigerung die Nordostbahngesellschaft auf die Ostsektion ein Angebot von 3 375 000 Fr. gemacht.

B. Die dem interkantonalen Komité durch Beschluß des Bundesgerichtes vom 26. September 1879, gemäß den Steigerungsbedingungen, zum Zwecke der Beibringung der Ratifikation seiner Kommittenten angesetzte 30tägige Frist wurde nach und nach bis zum 29. Februar 1880 verlängert, zum letzten Male durch Beschluß vom 27. Dezember 1879, unter der Bedingung, daß für die Betriebsdefizite während der Monate Januar und Februar 1880 ein Vorschuß von je 18 000 Fr. geleistet werde. Für den Monat Januar 1880 wurde dieser Vorschuß von 18 000 Fr. wirklich geleistet. Am 26. Januar 1880 erklärte nun aber das interkantonale Komité, auf den ihm ertheilten Zuschlag verzichten zu müssen, und es mußte daher derselbe als kraftlos erklärt und zu einer zweiten Versteigerung der Bahn geschritten

werden. Gleichzeitig mit der Erklärung des Verzichtes auf den Zuschlag stellte das interkantonale Komité das Gesuch, es möchte die Kautionssumme von 50 000 Fr. wenn immer möglich restituirt, bezw. nur in demjenigen Umfange für die Massaverwaltung verfallen erklärt werden, als es die Interessen der Gläubiger absolut erfordern, wobei darauf hingewiesen wurde, daß die Betriebsdefizite während der vier Monate vom 30. August bis 31. Dezember 1879 bei weitem nicht eine Deckung in der Höhe der geleisteten Kaution erfordern und daß die bei der Kautionsbestellung betheiligten Gemeinden für die Nationalbahn bereits schwere Opfer gebracht haben.

Nach Einholung des Berichtes des Massaverwalters, sowie nach Anhörung des Vortrages des Instruktionsrichters und in Betrachtung:

1. Nach Art. 24 der Steigerungsbedingungen für die erste Versteigerung der Nationalbahn vom 29. Mai 1879 hat, wer unter Vorbehalt der Ratifikation seiner Mandanten bieten will, eine Baar- oder Realkaution von 50000 Fr. bei der Bundeskasse zu leisten und es verfällt die Kaution der Liquidationsmasse, wenn nicht innert 30 Tagen nach eröffnetem Zuschlage die Ratifikation in gehöriger Form dem Massaverwalter beigebracht wird. Nach Art. 25 ibid. kann indeß das Bundesgericht den Termin für Beibringung der Ratifikation angemessen verlängern und auch nach billigem Ermessen dem Kautionssteller den Verfall der Kaution ganz oder theilweise erlassen, falls eine Schädigung für die Masse nicht eingetreten ist oder den Kautionsbetrag erweislichermaßen nicht erreicht.

2. Ein gänzlicher oder theilweiser Erlaß des Verfalls der Kaution ist also nur unter der letztgedachten Voraussetzung zulässig und es kann somit dem Gesuche des interkantonalen Komité's nur dann entsprochen werden, wenn nachgewiesen ist, daß durch dessen Handlung eine Schädigung der Liquidationsmasse nicht, bezw. nicht in der Höhe des Kautionsbetrages von 50 000 bezw. (mit Einrechnung des nachträglichen Betriebsvorschusses) von 68 000 Fr. eingetreten ist. Dieser Nachweis ist nun aber nicht geleistet, gegentheils ergibt sich zur Evidenz, daß der ein-

getretene Schaden den Kautionsbetrag jedenfalls übersteigt. Denn: Man kann bei Würdigung des entstandenen Schadens ein doppeltes Prinzip zu Grunde legen; man kann nämlich entweder davon ausgehen, daß derjenige Schaden in Betracht komme, welcher der Masse dadurch entstanden ist, daß das vom interkantonalen Komité an der ersten Versteigerung der Nationalbahn gethane Gebot nicht ratifizirt wurde, bezw. daß der Steigerungskauf auf Grundlage dieses Gebots nicht zu Stande kam und vollzogen wurde, oder aber es kann davon ausgegangen werden, daß lediglich derjenige Schaden in Betracht zu ziehen sei, welcher der Masse dadurch verursacht wurde, daß durch das wirkungslos gebliebene Angebot des interkantonalen Komité's bei'r ersten Versteigerung der Vertragsabschluß mit andern Mitbewerbern verhindert und die Beendigung der Liquidation hinausgeschoben wurde. Legt man das erstere Prinzip zu Grunde, so ist, angesichts der Differenz zwischen dem Erlöse der zweiten Versteigerung, der für beide Sektionen bloß 3 900 000 Fr. beträgt, und dem bei'r ersten Versteigerung abgegebenen Höchstgebote des interkantonalen Komité's, welches auf 4 400 000 Fr. für beide Sektionen ansteigt, ohne Weiteres klar, daß der Schaden den Kautionsbetrag bei weitem übersteigt. Allein auch wenn man der Schadensermittelung das zweite Prinzip zu Grunde legt, so gelangt man zu keinem andern Resultat. Denn die Dazwischenkunft des interkantonalen Komité's bei'r ersten Versteigerung hatte zunächst zur Folge, daß die Veräußerung der Linie verzögert, dadurch die Zeit, während welcher die Bahn auf Rechnung der Masse betrieben werden mußte, die Betriebsausfälle somit der Masse zur Last fielen, vom 28. Oktober 1879 bis zum 1. Mai 1880, von welchem Zeitpunkte an nach der zweiten Versteigerung der Betrieb auf Rechnung des Erwerbers weiter geführt werden konnte, verlängert, die Liquidationskosten, infolge verlängerter Dauer der Liquidation, vermehrt wurden und auch die Zinsausfälle der Gläubiger infolge dessen anwuchsen. Im Weitern muß aber auch darauf hingewiesen werden, daß die zweite Versteigerung gegenüber der ersten für die Ostsektion, auch abgesehen von dem Gebote des interkantonalen Komité's, einen erheblichen Mindererlös ergab, indem die Nordostbahngesellschaft

bei der ersten Steigerung auf die Ostsektion ein Angebot von 3 375 000 Fr. gemacht hatte, welches infolge des Angebotes des interkantonalen Komité's nicht angenommen wurde, während bei der zweiten Versteigerung die Ostsektion bloß einen Preis von 3 150 000 Fr. erzielte. Daß nun, angesichts dieser Faktoren, die durch die Dazwischenkunft des interkantonalen Komité's bei der ersten Versteigerung für die Masse entstandene Schädigung den Kautionsbetrag übersteigt, kann nicht zweifelhaft sein.

Demnach hat das Bundesgericht

beschlossen:

Das Gesuch des interkantonalen Komité's der Nationalbahngemeinden um gänzlichen oder theilweisen Erlaß des Verfalles der von ihr geleisteten Kaution von 50 000 Fr. wird abgewiesen.

III. Haftpflicht der Eisenbahnen etc. bei Tödtungen und Verletzungen.

Responsabilité des entreprises de chemins de fer etc. en cas d'accident entraînant mort d'homme ou lésions corporelles.

77. *Arrêt du 10 Septembre 1880 dans la cause Saglio.*

Le 3 Août 1877, à six heures environ du matin, soit au moment du passage du train venant de Lausanne à Fribourg, Julien Saglio, d'Ornavasso, province de Novarre (Italie), ouvrier maçon pour le compte de Claude Winkler, entrepreneur à Fribourg, était occupé à des travaux de réparation à la culée du pont d'Oron, à une distance de la gare qui n'a point été déterminée exactement, mais qui, d'après les données du dossier, paraît être de 90 mètres au moins et de 250 pas au plus.

L'échafaudage, sur lequel Saglio travaillait seul au moment dont il s'agit, se trouvait relié à la voie par un plateau, soit madrier, destiné au transport des matériaux, ainsi qu'à ren-

dre possible l'accès de l'échafaudage lui-même. Ce madrier, dont l'extrémité inférieure reposait au milieu des rails, était régulièrement enlevé avant le passage de chaque train.

Le train partant d'Oron quelques minutes après six heures venait de quitter la gare, lorsque Saglio, s'apercevant que le madrier en question était encore sur la voie, sauta à bas de l'échafaudage et chercha, mais trop tard, à éloigner l'obstacle. En saisissant le madrier, il fut lui-même atteint et terrassé par la locomotive, qui lui broya la jambe gauche ; l'amputation de ce membre dut avoir lieu le même jour.

Peu d'instants avant l'accident, les nommés Ronchi, Baptiste, et Albini Nizolla, ouvriers travaillant avec Saglio, et Borghini, Pierre, piqueur de l'entrepreneur Winkler, avaient quitté le chantier sous divers prétextes ; ce n'est qu'au bout d'une demi-heure environ, peu avant l'arrivée du train se dirigeant sur Lausanne, que le blessé, dont les gémissements avaient attiré des passants, fut trouvé sur la voie et transporté dans un lieu où il put recevoir les premiers soins.

Par demande déposée au Greffe fédéral le 26 Février 1878, Saglio avait déjà conclu à ce que la Compagnie de la Suisse-Occidentale soit, sous réserve de son droit de recours, cas échéant, contre l'entrepreneur Winkler, condamnée à lui payer une indemnité de 25 000 fr., modération de justice réservée.

La Compagnie défenderesse ayant opposé l'incompétence du Tribunal fédéral, le demandeur a déclaré, le 29 Avril même année, adhérer à cette exception, et vouloir porter la cause devant les tribunaux fribourgeois.

Par nouvelle demande du 4 Juillet 1878, Saglio porta, en effet, les mêmes conclusions devant le Tribunal civil de l'arrondissement de la Sarine.

A l'audience de ce Tribunal, du 23 Août 1878, la Compagnie défenderesse souleva une exception déclinatoire du for fribourgeois, exception définitivement rejetée par arrêt du Tribunal fédéral, du 13 Juin 1879.

Après avoir entendu de nombreux témoins et procédé en corps à une vision des lieux de l'accident, le Tribunal de la

Sarine, dans sa séance du 4 Mars 1880, après avoir considéré entre autres, que la Compagnie défenderesse est responsable en vertu de l'art. 2 de la loi fédérale du 1er Juillet 1875, qu'il résultait des dépositions des témoins et des pièces du dossier qu'aucune faute n'était imputable à Saglio, et que le dommage subi par celui-ci est incontestable, lui a alloué une indemnité de dix mille francs.

Par acte du 24 Mars 1880, la Compagnie de la Suisse-Occidentale a interjeté appel de ce jugement.

A l'audience du 21 Mai suivant, la cour d'Appel de Fribourg a admis, par jugement, la demande de l'entrepreneur Claude Winkler, tendant à être autorisé à intervenir accessoirement au procès. Après avoir entendu de nouveaux témoins et procédé, à son tour, sur la demande du prédit Winkler, à une inspection locale du théâtre de l'accident, la prédite Cour, statuant sur l'appel en sa séance du 19 Juillet 1880, a admis la demande de Saglio, en portant toutefois l'indemnité allouée au demandeur à douze mille francs, avec intérêt légal dès cette dernière date, et débouté la Compagnie défenderesse de ses conclusions libératoires. L'arrêt de la Cour se fonde sur les motifs ci-après : le cas actuel rentre dans les prévisions de l'art. 2 de la loi fédérale du 17 Juillet 1875 ; à teneur de ses dispositions la Compagnie est responsable de l'accident arrivé à Saglio, à moins qu'elle ne prouve que c'est par la faute de celui-ci que cet accident est survenu. Or la Compagnie n'a point fait cette preuve. Ce n'est pas Saglio qui a construit l'échafaudage, ni placé le madrier; son rôle se bornait à les utiliser pour son travail; Saglio n'a pas commis d'imprudence en n'enlevant pas le madrier plus tôt, et en attendant pour cela le moment extrême, puisque ce n'était point à lui qu'incombait ce soin, et qu'il a dû croire, jusqu'au moment de l'arrivée du train, que ceux que cela concernait s'étaient acquittés de leur mission. La Compagnie ne peut dès lors échapper à la responsabilité du dommage résulté pour Saglio de l'accident dont il a été victime.

C'est contre cet arrêt que la Compagnie S.-O., ainsi que l'entrepreneur Winkler, ont recouru au Tribunal fédéral. Les

recourants concluent à ce qu'il lui plaise libérer la Compagnie du payement de toute indemnité à Julien Saglio.

Dans son mémoire à l'appui de cette conclusion, la Compagnie fait valoir, en résumé, les considérations suivantes :

L'accident n'a eu d'autre cause que l'imprudence et la faute de Saglio lui-même. La Compagnie doit être libérée de ce chef. Mais à supposer que la négligence, ou la faute reprochée par Saglio à l'entrepreneur Winkler ou à son contre-maître Borghini, soit établie, la Compagnie n'en est aucunement responsable. Il s'agit d'un accident survenu dans l'exploitation, et par conséquent de l'application de l'art. 2 de la loi de 1875 précitée. Cet article met à la charge de l'entreprise une double preuve, l'une positive et l'autre négative.

La preuve positive consiste à établir que l'accident est dû à la négligence ou à la faute de personnes non employées pour le transport; or cette preuve a été faite par la Compagnie. Saglio dit lui-même que l'accident est dû à la négligence, à la faute de Borghini le piqueur, ou à l'entrepreneur Winkler, qui faisaient commencer le travail aux ouvriers à un moment inopportun, qui leur prescrivaient d'aborder l'échafaudage par le front et non par le côté, etc.

A supposer, ce qui est contesté, que l'entrepreneur et ses gens soient fautifs, la Compagnie n'est pas responsable de cette faute ; ces personnes n'appartiennent pas à celles « employées pour le transport. » Or, pourvu que la Compagnie prouve qu'il n'y a pas eu de faute à elle imputable, il lui suffit, pour être libérée, que l'accident ait eu lieu par la faute d'une personne non employée pour le transport.

La preuve négative de l'absence de faute imputable à l'entreprise a été apportée également par la défenderesse. Comme il n'y a eu ni déraillement, ni rupture, ni bris de machine, la faute de l'exploitation n'aurait pu consister que dans un départ prématuré du train, ou dans l'omission des signaux de départ. Or ni l'un, ni l'autre cas ne s'est présenté.

Le mémoire de l'entrepreneur Winkler se joint aux conclusions de la Compagnie, en disant :

Il ne saurait être question dans le procès de la responsabilité de la Compagnie telle qu'elle est prévue à l'art. 2, mais simplement d'une responsabilité indirecte dans le sens de l'art. 3. Dès lors la question rentre sous les principes du droit commun, et Saglio, qui attribuait l'accident à la négligence ou faute des personnes non employées au transport, et n'allègue d'ailleurs aucune faute à la charge de la Compagnie elle-même, a l'obligation de prouver que l'accident est bien réellement arrivé par la faute de l'entrepreneur Winkler, et de ses employés, et qu'il n'est nullement imputable à sa propre faute ou imprudence. Or cette preuve n'a pu être faite.

L'entrepreneur avait expressément recommandé aux ouvriers de laisser la voie libre au moins dix minutes avant le passage des trains; des horaires et des drapeaux-signaux avaient été remis aux ouvriers; aucune faute personnelle ne peut être imputée à Winkler : on ne saurait astreindre celui-ci à avoir constamment sur chaque chantier un surveillant chargé de le représenter et d'empêcher les accidents. La convention passée entre cet entrepreneur et la Compagnie, le 9 Juin 1877, ne prévoit rien de semblable pour de petits ouvrages de réparation n'occupant que deux ou trois ouvriers. Borghini est également à l'abri de tout reproche; on ne peut lui faire, en particulier, un grief d'avoir quitté le chantier avant l'arrivée du train, puisque les ouvriers avaient reçu pour direction de ne travailler à la maçonnerie qu'après le passage de ce train.

L'accident est dû tout entier à l'imprudence de Saglio lui-même, qui s'est exposé à un danger imminent et inévitable pour enlever, alors qu'il n'était plus temps, le madrier de la voie; il aurait dû faire disparaître, au moment de l'arrivée du train en gare d'Oron, cet obstacle qu'il avait aidé, en tout cas contribué à placer, et dont il ne pouvait dès lors ignorer l'existence.

Dans sa réponse au recours, Saglio conclut à son tour :

1° A l'admission pure et simple de la conclusion ténorisée dans la citation en droit notifiée sous le sceau du Président du Tribunal de la Sarine, le 4 Juillet 1878.

2° Subsidiairement, à la confirmation du jugement du Tribunal cantonal fribourgeois, avec adjudication de l'intérêt de la somme allouée dès la première citation juridique notifiée sous le sceau du Juge de paix de Fribourg, ou dans tous les cas dès la date de la citation en droit précitée.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

1° L'accident dont Saglio a été victime doit être considéré comme survenu dans l'exploitation. Il a été causé, en effet, par la locomotive d'un train en marche ; les dispositions de l'art. 2 de la loi fédérale sur la responsabilité des entreprises de chemins de fer sont dès lors en première ligne applicables à l'espèce. Ainsi que cela résulte de plusieurs arrêts antérieurs du Tribunal de céans, le législateur fédéral a eu pour but de protéger d'une manière toute particulière la vie et la santé des employés, voyageurs, et autres tiers, contre les dangers spéciaux et considérables auxquels les expose le transport par chemins de fer avec locomotives et wagons mis en mouvement par la vapeur

2° Cet article 2 est conçu comme suit :

« Toute entreprise de chemins de fer ou de bateaux à va-
» peur est responsable pour le dommage résultant des acci-
» dents survenus dans l'exploitation et qui ont entraîné mort
» d'homme ou lésions corporelles, à moins que l'entreprise
» ne prouve que l'accident est dû, soit à une force majeure,
» soit à la négligence ou à la faute des voyageurs ou d'autres
» personnes non employées pour le transport (art. 3), sans
» qu'il y ait eu faute imputable à l'entreprise, ou enfin que
» l'accident a été causé par la faute de celui-là même qui a
» été tué ou blessé. »

Pour échapper à la responsabilité légale que cette disposition fait peser sur les entreprises de chemins de fer, la Compagnie de la Suisse-Ocidentale se retranche derrière deux des exceptions formulées au dit article, et excipe 1° du fait que l'accident serait dû en tout cas, non point à une faute imputable à la dite Compagnie, mais à l'entrepreneur Winkler, ou à son personnel, lesquels font partie de ces « personnes non employées pour le transport, » dont l'entreprise n'est pas

responsable, et 2° de ce que le dit accident aurait été causé par la faute de Saglio lui-même.

3. La première exception opposée par la Compagnie ne saurait être accueillie. Elle repose sur l'interprétation du texte français de la loi du 1er Juillet 1875, lequel reproduit d'une manière imparfaite et défectueuse les mots employés par le texte original rédigé en langue allemande.

Il résulte en effet du message du Conseil fédéral du 26 mai 1874, *Feuille fédérale* 1874, I, pag. 911 de l'exposé des motifs publié par le professeur Fick, rédacteur du projet, pages 106 et 107, et des rapports des commissions du Conseil des Etats et du Conseil national, *Feuille fédérale*, 1874, II, page 910, III, page 258, que le législateur fédéral a voulu substituer aux mots « Betriebsunternehmer, » employés dans la loi de l'empire allemand du 7 Juin 1871, l'expression « Transportanstalt » comme étant plus brève et plus conforme à l'usage que celle de « Bau und Betriebsunternehmer, » et qu'en conséquence, la responsabilité statuée à l'art. 2 n'est pas applicable, lorsque la preuve est faite que l'accident est dû à la négligence ou à la faute des voyageurs « oder dritter *bei der Transportanstalt* nicht angestellter Personen. » Il y a donc lieu de rétablir, à la place de l'expression inexacte de « personnes non employées pour le transport » telle qu'elle figure dans le texte français de la loi, celle de « personnes non em» ployées *par l'entreprise de transports*, » en d'autres termes par l'*entreprise concessionnaire* (Etat ou Compagnie). Pour mieux préciser encore cette intention, renvoi est fait à l'art. 3 de la même loi, qui déclare que « l'entreprise est responsable » de ses employés, aussi bien que de toute personne dont » elle se sert pour l'exécution des transports ou pour la con» struction de la ligne. » Le texte allemand porte au lieu de ces mots « de toute personne dont elle se sert pour l'exécu» tion des transports, » l'expression de « zum Betrieb des » Transport*geschæftes*. »

Or il ne saurait être contesté que les entrepreneurs de travaux ordinaires d'entretien ou de réparations sur une ligne ferrée ne doivent être considérés comme personnes employées

par l'entreprise concessionnaire « zum Betriebe des Trans- » portgeschäftes », et dont elle dont elle doit répondre dans les cas prévus à l'art. 2 de la loi de 1875. Le personnel employé par la dite entreprise ne peut être limité à ses préposés au service de la traction, mais comprend aussi d'une manière générale les services de surveillance, de sûreté et d'entretien de la ligne.

L'intention du législateur d'étendre la responsabilité des Compagnies à toutes les personnes, indistinctement, dont elles se servent non seulement pour leurs « Transportgeschäfte, » mais même pour la construction de la ligne, résulte avec clarté dn rapport susvisé de la Commission du Conseil national, dû à la plume de feu M. le Dr Dubs, et qui s'exprime sur le principe formulé à l'art. 3 de la loi actuelle, textuellement comme suit (*F. F.*, 1874, tom. III, pag. 280) :

« In diesem Artikel wird vom Ständerathe der Grundsatz » aufgestellt, dass jede der genannten Transportanstalten für » ihre Angestellten einheitlich haften solle, sowie *für andere » Personen, deren sie sich zu ihren Transportgeschæften be- » dient.* Ihre Commission billigt diesen Grundsatz und sie » wünscht *dass er auch auf die Verhæltnisse des Baues aus- » gedehnt werde.* »

Cette interprétation est la seule en harmonie avec la *ratio legis* elle-même qui a voulu, pour protéger efficacement les tiers lors des accidents signalés à l'art. 2, rendre les Compagnies responsables des agissements de toutes les personnes qu'elles mettent en œuvre en vue de l'exploitation de leur entreprise. Vouloir restreindre, avec la recourante, cette responsabilité aux actes du personnel préposé au « transport des marchandises et voyageurs, dans le sens limité du terme, équivaudrait à décharger les Compagnies d'une part notable des obligations que le législateur a tenu à leur imposer.

La Compagnie de la Suisse-Occidentale ne peut être admise dès lors à décliner sa responsabilité de l'accident survenu à Saglio, le 3 Août 1877, en prétendant avoir prouvé qu'il est dû à une faute imputable à l'une des personnes dont elle ne doit pas répondre.

4. La recourante répudie enfin cette responsabilité en se plaçant au bénéfice de la disposition de l'art. 2 susvisé, laquelle exonère l'entreprise de transport, si elle prouve que l'accident survenu dans son exploitation a été causé par la faute du tué ou du blessé lui-même.

Procédant à l'examen de cette seconde exception, et appréciant librement l'ensemble de la cause aux termes de l'art. 11 de la loi, il résulte des pièces et témoignages produits que, contrairement à l'opinion des juges fribourgeois, Saglio s'est rendu coupable d'une imprudence grave, et par conséquent d'une faute, en agissant comme il l'a fait lors de l'accident. En n'enlevant pas à temps un madrier qu'il savait obstruer la voie, puisqu'il venait de l'utiliser pour monter sur l'échafaudage et même, comme des témoins le déclarent, d'aider à le placer, en se précipitant à la rencontre d'une locomotive en marche, et en s'exposant ainsi à un danger imminent et inévitable, il a contribué certainement, dans une mesure qu'il n'est pas possible de déterminer d'une manière rigoureusement exacte, à amener l'événement fatal. Cette imprudence est d'autant moins excusable que Saglio, travaillant depuis plusieurs jours déjà au chantier du pont d'Oron, et muni d'un horaire par son patron, connaissait les signaux des trains ainsi que l'heure précise de leur passage; il avait dû entendre les signaux d'arrivée en gare d'Oron, ainsi que le bruit qui accompagne tout train en marche.

Mais si l'on doit attribuer au blessé une part dans la responsabilité de l'accident, il est également hors de doute qu'une autre part en incombe soit au piqueur Borghini, soit à la Compagnie elle-même. En quittant, quelques minutes avant le passage du train, le chantier dont il avait la surveillance, en abandonnant ainsi Saglio seul sur l'échafaudage dans une situation que l'événement a démontré être périlleuse, Borghini a commis une négligence grave, et contribué à favoriser l'arrivée de la catastrophe.

La Compagnie a également assumé la responsabilité d'une faute. Non seulement elle n'a pris aucune mesure spéciale de protection pour des ouvriers exposés à un travail aussi dan-

gereux, mais il eût été du devoir de ses préposés à la sécurité de la voie, de faire disparaître, ou tout au moins de signaler en temps utile l'obstacle, cause première du malheur survenu. Le seul aiguilleur de la gare d'Oron, stationnant à l'aiguille du côté de Lausanne, déclare lui-même que « s'il eût » été à l'aiguille du côté de Fribourg il eût certainement fait » enlever la planche avant le départ du train. »

Il suit de là que les fautes, soit de commission, soit d'omission, qui ont entraîné l'accident, se répartissent entre toutes les parties. Ce concours de fautes doit avoir pour conséquence, non point de faire cesser, mais d'atténuer la responsabilité de la Compagnie, et la part de négligence ou d'imprudence imputable au blessé lui-même doit, ainsi que le Tribunal fédéral l'a déjà admis en pareil cas, être prise en considération lors de la détermination du chiffre de l'indemnité à attribuer à la victime. (Voy. arrêt du 10 Octobre 1879, en la cause Rohrer c. Jura-Berne, Rec. V, 584.) En tenant compte ainsi de toutes les circonstances de la cause, il y a lieu de fixer les dommages-intérêts à allouer à Saglio à la somme de six mille francs, portant intérêt dès la première demande juridique.

5. La Compagnie de la Suisse-Occidentale ayant contesté toute responsabilité devant les tribunaux fribourgeois, il se justifie de laisser à sa charge les frais faits devant les deux instances cantonales.

Par ces motifs :

Le Tribunal fédéral

prononce :

L'arrêt rendu par la Cour d'Appel du canton de Fribourg, le 19 Juillet 1880, est réformé dans le sens des considérants qui précèdent. La Compagnie des chemins de fer de la Suisse Occidentale est condamnée à payer à Julien Saglio, à titre de dommages-intérêts, la somme de *six mille francs*, avec intérêt à 5 % l'an, dès le 26 Février 1878.

IV. Civilstand und Ehe. — État civil et mariage.

78. *Arrêt du 18 Septembre 1880 dans la cause Martin.*

La partie défenderesse, dame Martin-Vuille, prend les conclusions préliminaires suivantes :

Attendu que le recourant Martin a fait défaut aux audiences des 15 Octobre et 3 Décembre 1878, devant les Tribunaux neuchâtelois ; que, les significations de défaut lui ayant été régulièrement notifiées, il ne s'est pas fait relever et a été exclu de la procédure, à teneur des art. 317, 323 et 326 du Code de procédure civile neuchâtelois ; qu'en conséquence et par voie préjudicielle le recours au Tribunal fédéral doit être déclaré irrecevable, Martin ne pouvant plus, aux termes des dispositions légales susvisées, être considéré comme partie au procès.

Le recourant Martin conclut au rejet de cette réquisition.

Ouï le Juge rapporteur, et considérant, sur l'exception proposée :

1. Les conditions auxquelles est subordonné le droit de recours au Tribunal fédéral contre un jugement cantonal ne sont point déterminées par les lois cantonales de procédure, mais uniquement par les dispositions y relatives de la loi sur l'organisation judiciaire fédérale. Dans son art. 29, cette loi pose les réquisits suivants :

a) Un jugement au fond rendu par la dernière instance cantonale en une cause où il s'agit de l'application des lois fédérales.

b) Un objet du litige atteignant une valeur en capital d'au moins 3000 fr. ou non susceptible d'estimation.

Toutes ces conditions se trouvent incontestablement réalisées dans le procès actuel, et l'art. 29 précité statue qu'en pareil cas « *chaque* partie a le droit de recourir au Tribunal » fédéral pour obtenir la réforme du jugement au fond rendu » par la dernière instance judiciaire cantonale » sans que la loi fasse aucune différence entre les jugements rendus en con-

tradictoires et ceux qui interviennent par défaut. A teneur des règles générales du droit, il est interdit au Juge de faire des distinctions et des restrictions là où la loi n'en a point établi, et on retrouve partout, et en particulier dans le Code de procédure civile neuchâtelois, le principe qu'il n'y a lieu de prononcer la forclusion d'une partie que lorsque cette peine est prévue par la loi et que le juge en a expressément menacé la dite partie en cas de désobéissance : la perte ou la déchéance d'un droit de procédure ne pouvant, en pareil cas, emporter celle de tous les autres. Si donc Martin, ensuite du jugement par défaut rendu contre lui par le juge neuchâtelois a perdu le droit d'administrer ses preuves et d'interjeter appel contre le jugement de première instance, ce fait n'a nullement pour conséquence d'entraîner ipso jure, la déchéance du droit de recours prévu à l'art. 29 de la loi fédérale susvisée.

2. Il n'y a point lieu de rechercher quelle décision devrait intervenir pour le cas où le juge cantonal, obéissant à des motifs de pure procédure, aurait admis les conclusions de la femme Martin uniquement par la raison que le mari persistant à refuser d'obéir aux citations, continuait à faire défaut. Le jugement du Tribunal de la Chaux-de-Fonds, en l'espèce, est basé sur un examen détaillé des faits de la cause, après enquête et auditions de témoins nombreux, et il est rendu en application des art. 43, 47 et 49 de la loi fédérale sur l'état civil et le mariage.

Il est de même évident que l'examen auquel le Tribunal fédéral a à se livrer, doit se limiter à la question de la saine application de la dite loi fédérale, basant son appréciation sur l'état des faits tel qu'il a été établi par les Tribunaux neuchâtelois. (Loi sur l'org. jud., art. 30 al. 6.)

Par ces motifs

Le Tribunal fédéral

sans s'arrêter à la fin de non recevoir proposée, dit qu'il y a lieu d'examiner le recours au fond.

Procédant à cet examen, et les parties ayant été entendues successivement dans leurs plaidoiries et répliques.

Vu les pièces de la cause, d'où résultent les faits suivants :

Par demande du 24 Juin 1878, Aline née Vuille, à la Chaux-de-Fonds, a conclu à ce qu'il plaise au Tribunal de ce district :

1. Prononcer en sa faveur et contre son mari Jean-Philippe Martin, originaire de Chêne-Thônex (Genève), monteur de boîtes à la Chaux-de-Fonds, que les liens du mariage unissant la demanderesse au défendeur sont rompus par le divorce.

2. Adjuger à la requérante les enfants issus du mariage, à l'entière exclusion du mari, lequel sera déchu de tout droit de surveillance conformément aux art. 188 et 189 du Code civil neuchâtelois.

3. Condamner Philippe Martin à payer à sa femme, pour elle et ses enfants, une pension alimentaire de cent francs par mois, payable par trimestre et d'avance à teneur des articles 187 et 188 du Code civil, ou telle autre pension que fixera le Tribunal.

A l'appui de la demande, la dame Martin a allégué une série de faits et Ph. Martin a également formulé un certain nombre d'allégués en réponse.

Le défendeur ayant fait défaut, malgré due assignation, aux audiences du 15 Octobre et du 3 Décembre 1878, le Président du Tribunal de la Chaux-de-Fonds, par son ordonnance du 7 Décembre, déclare Martin exclu de l'administration des preuves et achemine la demanderesse à apporter celles relatives aux faits consignés sous plusieurs numéros de la demande.

Martin ayant contesté la compétence des tribunaux neuchâtelois en la cause, le Tribunal fédéral, en confirmation de la sentence de la Cour d'Appel du 21 Février 1879, a rejeté ce déclinatoire par arrêt du 12 Décembre suivant.

Statuant le 5 Mai 1880, le Tribunal Civil de la Chaux-de-Fonds, vu les art. 43, 47 et 49 de la loi fédérale du 24 Décembre 1874, a prononcé la rupture par le divorce et contre le mari Martin du mariage existant entre lui et Aline née Vuille, remis à la mère la garde et l'entretien des enfants issus du dit mariage, condamné le mari à payer à sa femme, pour

elle, une pension alimentaire de 25 fr. par mois, et pour chacun de ses enfants une pension alimentaire de 25 fr. par mois, cette dernière cessant pour chaque enfant dès qu'il aura atteint l'âge de 17 ans. Le Tribunal a statué enfin que si Martin ne remplit pas l'obligation qui lui est imposée de payer la pension fixée ci-dessus, il sera déchu de ses droits de surveillance.

Ce jugement se fonde, en résumé, sur les motifs ci-après :

Il est établi que dès l'année 1875 Martin s'est livré à des actes de violence à l'égard de sa femme, qui ont engagé celle-ci à quitter le domicile conjugal. Ces violences ont donné lieu à une plainte de dame Martin, assistée de son père, plainte ensuite de laquelle Martin a été condamné à une amende de 15 fr. par le Tribunal correctionnel de la Chaux-de-Fonds. Il résulte des dépositions des témoins qu'en 1877 et 1878 Martin s'est livré encore à des scènes d'injures et à des actes de violence contre sa femme. Martin s'abandonnait depuis longtemps à la paresse, négligeait son ménage et ne subvenait pas à l'entretien de sa femme et de ses enfants. L'ensemble de sa conduite a rendu la vie commune impossible; il est constant que le lien conjugal est profondément atteint par la faute du mari et la demande se trouve justifiée à teneur de la loi fédérale sur l'état civil et le mariage.

Par arrêt du 28 Juin 1880, et sur les conclusions de la demanderesse, la Cour d'appel de Neuchâtel, adoptant les motifs du premier juge en ce qui concerne les 1re et 3e conclusions de la demande ainsi que la conclusion relative à l'adjudication des enfants, a déclaré Martin déchu du droit de surveiller l'entretien et l'éducation de ses enfants, et confirmé pour le surplus le jugement de première instance.

C'est contre cet arrêt que Martin recourt au Tribunal fédéral; il en demande la nullité, attendu qu'il n'a pas été admis à faire la preuve que l'action en divorce était mal fondée. Il déclare enfin, que si la dame Martin-Vuille veut renouveler cette action, il est d'accord pour se porter demandeur avec elle a teneur de l'art. 45 de la loi fédérale.

Dans sa plaidoirie de ce jour, le recourant reprend cette conclusion.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

1. Le recourant ayant, à deux reprises, laissé prendre défaut contre lui en la cause, il a été, à teneur de la disposition de l'art. 326 du C. P. C. neuchâtelois, exclu de la procédure, et par conséquent de l'administration de la preuve des faits par lui allégués. Martin est donc mal venu à invoquer, comme moyen de nullité, l'application d'une déchéance légale, qui a dû être prononcée à son préjudice ensuite de ses propres agissements.

2. Au fond, il y a lieu de confirmer le jugement de la Cour d'appel. En présence des faits constatés par l'enquête à la charge du recourant, reconnu partie coupable, l'atteinte profonde portée au lien conjugal qui unit les époux Martin ne peut être contestée, et le juge neuchâtelois en prononçant le divorce, en conformité de l'art. 47 de la loi fédérale, n'en a fait aucune fausse application.

3. Les effets ultérieurs du divorce, quant à la personne des époux, à l'éducation des enfants et aux indemnités à la charge de la partie coupable devant être, à teneur de l'art. 49 de la loi fédérale, réglés par la législation du Canton à la juridiction duquel le mari est soumis, et la solution donnée par les Tribunaux cantonaux à la question de faute étant confirmée, le prononcé de la Cour d'appel de Neuchâtel sur les effets du divorce des époux Martin-Vuille est définitif et échappe au contrôle du Tribunal de céans.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

L'arrêt rendu le 28 Juin 1880 par la Cour d'appel de Neuchâtel en la cause qui divise les époux Martin, est confirmé dans toutes ses parties, tant sur le fond que sur les dépens.

VI. Civilstreitigkeiten zwischen Kantonen einerseits und Privaten oder Korporationen anderseits.

Différends de droit civil entre des cantons d'une part et des corporations ou des particuliers d'autre part.

79. *Arrêt du 2 Juillet 1880 dans la cause de l'état du Valais contre Bonvin.*

Par exploit notifié le 18 Octobre 1877, l'Etat du Valais a sommé Charles-Marie Bonvin fils, à Sion, à lui payer dans le terme légal la somme de 4158 fr., plus intérêts et accessoires, somme due par le prédit Bonvin comme caution solidaire des époux Fumey-Hoffmann, en vertu d'acte du 2 Août 1871, reçu Ducrey, notaire.

Bonvin ayant contesté la compétence des Tribunaux valaisans pour connaître du différend, le Tribunal fédéral, sur recours du dit Bonvin, a, par arrêt du 29 Mars 1878, renvoyé l'Etat du Valais à « poursuivre devant lui l'action civile in-
» tentée par mandat des 18 Octobre et 22 Novembre 1877 à
» C.-M. Bonvin fils, à Sion, pour faire prononcer qu'il est son
» débiteur de la somme de 4158 fr. avec intérêt légal et ac-
» cessoires de droit, en qualité de caution solidaire des époux
» Fumey-Hoffmann. »

Par demande du 19 Décembre 1879, et se conformant à l'arrêt susvisé, l'Etat du Valais ouvre action à Bonvin devant le Tribunal fédéral, concluant à ce qu'il lui plaise statuer que le défendeur est tenu de payer à « l'Etat du Valais la somme
» de 2141 fr. 14 c. avec intérêt au cinq pour cent l'an dès le
» 1er Juin 1873. »

Le demandeur explique qu'un versement de dame Fumey-Hoffmann, opéré dans le courant de l'année 1879 est la cause de la différence entre la demande faite dans le mandat du 18 Octobre 1877 et celle formulée actuellement.

Par mémoire du 31 Janvier 1880, Bonvin conclut à libération des conclusions prises contre lui par l'Etat du Valais, l'acte du 2 Août 1871, reçu Ducrey, notaire, étant nul et de nul effet, ce pour défaut des autorisations légales exigées par la loi valaisanne en ce qui concerne les engagements contractés par la femme dans l'intérêt du mari.

Dans leur réplique et duplique, les parties maintiennent leurs conclusions respectives.

Avant qu'il soit passé aux plaidoiries, Monsieur le Président fait observer aux parties que, les conclusions de la demande portant sur une somme inférieure en capital à 3000 fr., la question de compétence du Tribunal fédéral se pose avant tout, et doit être tranchée d'abord, pour le cas où le Tribunal estimerait que l'exception d'incompétence doit être soulevée d'office.

Les conseils des parties sont entendus sur ce point.

La partie demanderesse dit ne mettre aucune opposition à ce que la cause soit reportée devant les Tribunaux valaisans ; la partie défenderesse déclare ne point se prévaloir de l'incompétence signalée, et demander au contraire que la cause soit retenue et jugée par le Tribunal fédéral.

Ouï le Juge rapporteur en ses conclusions.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

1. L'arrêt rendu le 29 mars 1878 par le Tribunal fédéral sur recours de droit public entre les mêmes parties a admis la revendication faite par Bonvin du droit qui lui était garanti par l'art. 110 de la Constitution fédérale de requérir la juridiction fédérale pour prononcer sur l'action civile à lui intentée par l'Etat du Valais devant le juge de Sion par exploits des 18 Octobre et 22 Novembre 1877. La demande actuelle a été déposée au Greffe fédéral le 19 Décembre 1879, le Tribunal de céans se trouve donc en présence d'un litige civil portant, dès son introduction, sur une somme inférieure en capital à 3000 fr., et il y a lieu de rechercher s'il peut se nantir, en présence des dispositions constitutionnelles et légales délimitant sa compétence en matière civile. Cette question, touchant à la détermination des attributions respectives des

autorités fédérales et cantonales, est d'ordre public, et doit être résolue, même en l'absence d'une exception soulevée par les parties de ce chef.

2. Le Tribunal fédéral n'a pas compétence pour entrer en matière sur la présente action.

En effet :

L'art. 64 in fine de la Constitution fédérale statue que l'administration de la justice reste aux Cantons, sous réserve des attributions du Tribunal fédéral.

L'art. 110 chiffre 4 de la même Constitution dispose que le Tribunal fédéral connaît des différends de droit civil entre des Cantons d'une part et des corporations ou des particuliers d'autre part, quand une des parties le requiert et que le litige atteint le degré d'importance que déterminera la législation fédérale; l'art. 27 4° de la loi sur l'organisation judiciaire fixe cette limite à la valeur, en capital, de 3000 fr. au moins. (V. aussi procédure civile fédérale art. 94.)

Les articles 111 de la Constitution susvisée et 29 de la prédite loi judiciaire astreignent en outre le Tribunal fédéral à juger d'autres causes, lorsque les parties s'accordent à le nantir, mais également à la condition que l'objet en litige atteigne, en capital, la même somme.

Or il résulte avec évidence de ces dispositions que, comme le Tribunal fédéral l'a déjà reconnu dans un cas analogue entre des corporations et un Canton (V. arrêt du 5 Déc. 1879 Communes de Bière, etc., contre Vaud, Rec. Voir pag. 356) le législateur n'a voulu soustraire à la compétence cantonale, et soumettre à la connaissance de ce Tribunal les différends de droit civil entre des Cantons d'une part et des particuliers d'autre part, que lorsque la valeur du litige atteint en capital la somme de trois mille francs.

Le capital, objet de la réclamation de l'Etat du Valais étant inférieur, dans l'espèce, à cette limite, la cause échappe, soit au point de vue de l'art. 27 4°, soit à celui de l'art. 29 de la loi sur l'organisation judiciaire, à la compétence du Tribunal fédéral.

3. La circonstance que le défendeur n'a point contesté, et

a reconnu et maintenu la compétence du Tribunal fédéral, justifie la compensation des dépens.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Il n'est pas entré en matière, pour cause d'incompétence, sur l'action civile intentée par l'État du Valais à Charles-Marie Bonvin le 19 Décembre 1879 pour faire statuer que celui-ci est tenu de lui payer la somme de 2141 fr. 14 cent., avec intérêts et accessoires.

---

80. *Sentenza del 16 luglio 1880 nella causa Piffaretti contro il cantone Ticino.*

A. Con petitorio 20 luglio e 22 novembre 1879 il signor Dott. Antonio Battaglini, in Lugano, espone quale procuratore del Piffaretti, ciò che segue : « Il ricorrente fu nominato » cantoniere stradale fin dal 30 marzo 1851 : dopo 27 anni » dacchè occupava tal' carica, cioè ai 16 aprile 1878, il di- » partimento delle pubbliche costruzioni gli comunicò che il » Consiglio di Stato lo aveva dispensato da ogni ulteriore ser- » vizio nella suindicata qualità. — Le disposizioni legali a cui » devono uniformarsi le autorità sia per la nomina, sia per la » destituzione dei cantonieri stradali, si trovano nel regola- » mento 15 settembre 1850, al capo III° nel quale è stabilito » che il cantoniere potrà essere congedato in determinati casi » ivi contemplati. I fatti che possono determinare il congedo » devono però essere provati in confronto del cantoniere. — » Invece il Consiglio di Stato ha destituito il Piffaretti senza » nemmeno indicargliene la ragione, e senza far precedere » nè ammonizione, nè multa, come vorrebbe il regolamento. » — Ragioni efficaci, del resto, non ne esistevano contro il » P., quindi non potevano essere invocate; egli ha sempre » adempito scrupolosamente al proprio dovere, tanto che non » s'ebbe mai nè una redarguizione, nè una multa da' suoi

» superiori, nè una rimostranza da parte dei municipî dei
» paesi situati lungo il suo tronco stradale. La destituzione fu
» dunque arbitraria ed illegale perchè fatta in urto al regola-
» mento; essa ebbe per unica ragione quella che il P. era
» inviso all'autorità per le sue opinioni politiche e che doveva
» quindi essere comvolto nel fascio di quegli impiegati che
» vennero sagrificati alla vendetta di partito. — Per tale de-
» stituzione illegale ne avvenne al P. un danno rilevantissimo,
» imperocchè oltre all'aver dovuto abbandonare un'occupa-
» zione che gli dava il sostentamento per la famiglia, si trovò
» improvvisamente privo di lavoro e quindi di risorse, non
» potendo egli da un momento all'altro e già avanzato com'è
» in età, intraprendere un'arte per lui nuova. — Lo stipen-
» dio annuo era di fr. 570. — Si domanda quindi che il Tri-
» bunale federale abbia a giudicare:

» 1. Lo Stato del cantone Ticino è condannato a pagare a
» Tommaso Piffaretti la somma di fr. 3000 a titolo d'inden-
» nizzo per l'illegale di lui destituzione dalla carica di can-
» toniere; oltre le spese. »

B. Nella sua allegazione responsiva del 9 gennaio 1880, il governo ticinese fa anzitutto osservare che « non il Consiglio di Stato, ma la direzione delle pubbliche costruzioni ha licenziato il P. e che quindi verso questa e non verso quello avrebbe dovuto essere diretta la domanda d'indennizzo, e aggiunge che dalla direzione medesima il ricorrente avrebbe poi potuto e dovuto aggravarsi alle autorità superiori *del cantone*.

« A nostro avviso, » continua la parte convenuta, « l'azione
» del P. verso lo Stato dovrebbe ritenersi *perenta*. Difatti,
» giusta i combinati articoli 29 e 30 della legge organico-
» giudiziaria federale, l'azione medesima avrebbe dovuto
» essere presentata entro *giorni venti* dalla comunicata di-
» spensa da ogni ulteriore servizio nella carica di cantoniere,
» decorribili quindi dal 16 aprile 1878. Piffaretti invece ha
» lasciato trascorrere oltre *venti mesi* prima di accampare in
» contradditorio la sua strana pretesa. Bisogna quindi am-
» mettere che durante un così lungo lasso di tempo sieno
» maturati i fatali per dichiarare irricevibile la domanda di

» cui si tratta, contro la quale oltre le disposizioni di legge
» già citate, militano molte altre considerazioni dedotte dalle
» leggi cantonali e fra le altre quella desunta dall'obbligo di
» chi pretende alcun che dallo Stato per sue prestazioni ine-
» renti a pubbliche costruzioni, di presentare le relative di-
» stinte nel mese di gennaio successivo all'anno in cui furono
» compite le prestazioni medesime. »

Nel merito poi il governo ticinese studia di dimostrare che la rimozione del P. è avvenuta in perfetta consonanza colle disposizioni di legge e regolamenti vigenti in materiale stradale.

« Il sig. P., » esso dice, « ha fatto appello al capo III° del
» regolamento, noi accenneremo ai capi I° e II° e all'art. 21
» della legge 10 dicembre 1861 sull'ispettorato delle pubbli-
» che costruzioni, dov'è detto : il Direttore delle pubbliche
» costruzioni nomina i cantonieri, sentito il parere del capo-
» tecnico, li sospende o li rimove, in caso di demerito o d'in-
» capacità. — Ora, dai rapporti ufficiali dell'ispettorato tec-
» nico e da varie lagnanze sporte da cittadini delle località
» interessate, ci risulta che il cantoniere P. era trascurato nel
» disimpegno de'suoi incombenti e che, tenendo egli un'oste-
» ria, assentavasi spesso dal suo tronco senza alcun permesso
» superiore. — La Direzione non era poi menomamente ob-
» bligata a dar comunicazione al ricorrente dei motivi che
» possono averla determinata a prendere la risoluzione di
» congedo che lo concerne ; quanto al resto il congedo mede-
» simo fu dato in piena conformità della procedura che la
» legge e i regolamenti prescrivono. Che se il P. avesse chiesta
» la comunicazione di cui sopra, la Direzione non avrebbe
» avuto nessuna difficoltà ad esaudirlo, tanto più che i motivi
» della rimozione erano di tutta notorietà. »

Quanto alla esposta cifra d'indennizzo, il governo rileva da ultimo che « un'occupazione la quale dà soli fr. 570 non può
» costituire il sostentamento d'una famiglia; » che « P. si
» trova tutt'altro che privo di risorse e di lavoro ; ch'egli è
» anzi in posizione molta florida ed invidiabile, come appare
» da relativo attestato della Municipalità di Bissone ; ch'egli

» tiene negozio di vino, birra, liquori, tabacchi, ecc. in Bis-
» sone e un *canvetto* a Melide; che sua moglie è la depositaria
» postale di Bissone, ecc. »

Si chiede quindi che il ricorso P. venga dichiarato infondato e sia rejetto; il tutto verso protesta delle spese.

C. Nei rispettivi loro allegati di replica e duplica amendue le parti insistono nelle ragioni, eccezioni e conclusioni d'ordine e di merito come sopra sviluppate.

D. In data del 26 giugno e 9 luglio p. p. dichiarano esse Parti che rinunciano a comparire ed a farsi rappresentare ai dibattimenti orali della presente causa, lasciando che il Tribunale giudichi senz'altro sugli atti prodotti. — La Corte entra quindi immediatamente in deliberazione.

Premessi in fatto ed in diritto i seguenti ragionamenti :

1. Per ciò che risguarda innanzitutto la preliminare *eccezione di preclusione* che il governo del cantone Ticino oppone all'avanzato ricorso, desumendola dai combinati art. 29 e 30 della legge organico-giudiziaria federale del 27 giugno 1874 e dal § 1° del decreto legislativo ticinese del 1° dicembre 1856, appare dal contesto della sentenza 26 aprile 1879 (considerando N° 4) che la stessa, identica eccezione fu già da questo Tribunale tassativamente respinta in altra causa affatto analoga vertita fra il convenuto governo ticinese e gli ex-impiegati del penitenziere cantonale, signori Pessina e consorti. Sta dunque la cosa giudicata e torna inutile d'entrare su questo punto in ulteriore disamina.

2. Fondata è per converso l'opposizione della parte convenuta per ciò che riflette *il merito* della contestazione, dapprima perchè l'ufficio che rivestiva l'impiegato ricorrente era di natura essenzialmente precaria, poscia perchè la querelata rimozione è seguita in forza e a tenore di legge.

Che precarie fossero veramente le funzioni affidate al Piffaretti si rileva da ciò che il petitorio non seppe far capo a nessuna disposizione di legge, ned a qualsiasi atto che ne determinasse — vuoi in senso generale, vuoi in senso particolare ad esso Piffaretti — la durata. Fu bensì prodotto un docu-

mento di nomina per parte dell'ingegnere in capo, in data del 30 marzo 1851, ma nessun altro che si riferisca agli anni successivi fino all'epoca del pronunciato licenziamento, o da cui sia dato inferire un consueto o fisso periodo di rinnovazione. Non consta quindi per nessun modo che la destituzione del petente sia avvenuta ad epoca intempestiva, o, altrimenti detto, che una legge od un contratto ostasse comechessia alla misura decretata dal Direttore delle pubbliche costruzioni, la quale forma appunto oggetto e fondamento dell'attuale litigio. Ned è a passarsi sotto silenzio la circonstanza che l'allontanamento dell'istante non avvenne dall'oggi al domani, ma con varî giorni d'intervallo, durante i quali sarebbegli forse stato possibile — visto il genere di lavoro inerente al suo impiego — di procurarsi altre occupazioni corrispondenti.

Che poi la rimozione del Piffaretti sia seguìta in modo legale è cosa che chiariscono manifestamente gli atti di causa, dai quali risultano provati a sufficienza gli estremi voluti per l'applicazione dei combinati art. 21 della legge 10 dicembre 1861 sull'ispettorato delle pubbliche costruzioni, e 85 del regolamento 15 settembre 1850 sul servizio dei cantonieri. Difatti, sia la petizione 3 marzo 1878 di varî cittadini interessati alla buona manutenzione del tronco di strada affidato alla vigilanza del ricorrente, sia il concorde e motivato preavviso di licenziamento formulato dall'ingegnere del circondario e dal Capo-tecnico, autorizzavano la Direzione delle pubbliche costruzioni a ritenere il Piffaretti o « incapace di adempiere a'suoi doveri » o « mancante della voluta attività. » E d'altra parte poi non è esatto che l'attore non abbia neppure ricevuto comunicazione dei motivi della sua destituzione, avvegnachè nell'ufficio 16 aprile 1878 del dipartimento delle pubbliche costruzioni, ch'egli stesso ha prodotto, si legga invece « risultando dai rapporti dell'ispettorato stradale che la vostra opera come cantoniere, non corrisponde alle esigenze d'un servizio regolare e confacente, sulla proposta dell'Ispettorato stesso, vi significhiamo, » ecc.

3° Da ultimo e subordinatamente il petitorio è da ritenersi destituito di fondamento per la ragione che l'attore ha bensì

asserito, ma non provato che il lamentato licenziamento gli abbia realmente cagionato quei danni sui quali esso costruisce la sua domanda di risarcimento. La recisa impugnativa della parte convenuta e le affermazioni di quest'ultima circa il florido di lui stato finanziario, così come in merito alle altre sue molteplici e lucrose occupazioni sono rimaste a quella vece incontestate.

Conseguentemente

il Tribunale federale

ha giudicato e giudica :

L'azione promossa dall'ex-cantoniere signor *Tommaso Piffaretti*, di Melano, contro lo Stato del cantone Ticino, è rejetta perchè priva di fondamento.

---

81. *Sentenza del 16 luglio 1880 nella causa Nosotti contro il cantone Ticino.*

A. Con petitorio 1° dicembre 1879 il signor Dott. Antonio Battaglini, a Lugano, espone — quale procuratore dell'attrice — i fatti, le ragioni e le conclusioni che seguono : « La si-
» gnora Silvia Nosotti venne nominata maestra-aggiunta alla
» scuola femminile maggiore di Lugano sotto la data 29 no-
» vembre 1876. A termini della legge scolastica ticinese la
» medesima signora N. aveva il diritto di rimanere in carica
» per il lasso di quattro anni consecutivi. Contrariamente a
» tale dispositivo di legge e senza che alcuna ragione o pre-
» testo plausibile ne avesse dato causa, la signora N. venne
» destituita dalla suddetta carica quando il potere esecutivo
» diede congedo a buona parte dei docenti per sostituirne de-
» gli altri. — Per effetto di questa illegale destituzione la
» signora N. ebbe a soffrire danni rilevantissimi perchè le
» venne così a mancare una proficua occupazione. — Nella
» sua qualità di maestra-aggiunta essa riceveva uno stipendio
» di fr. 400 annui, ma il danno da lei sofferto è di molto su-

» periore a tale somma, se si considerano gli effetti della
» mancanza dell'impiego per alcuni anni, ecc. — Di conse-
» guenza si chiede che il Tribunale federale abbia a giudi-
» care :

» 1° Lo Stato del cantone Ticino è condannato a pagare
» alla signora N. la somma di fr. 3000;

» 2° Esso è condannato nelle spese del giudizio e relative. »

B. Nella sua allegazione del 15 gennaio 1880 il governo ticinese obbietta : « La signora Nosotti non aveva il diritto di
» stare in carica 4 anni, avvegnachè, nominata ai 29 novem-
» bre 1876, le sue funzioni scadessero, a termini della co-
» stante pratica, nel 1879, ossia all'epoca della scadenza delle
» nomine generali avvenute nel 1875. — Lo stipendio della
» signora N. era di fr. 400 annui; però nel 15 aprile 1879
» il sig. D^re^ Antonio Battaglini domandò al Consiglio di Stato
» appunto un indennizzo di fr. 400 *per la precoce rimozione*
» *della sua cliente* dall'impiego a cui era stata assunta. —
» In seguito a questa domanda, per risoluzione del 30 luglio
» successivo, venne da noi accordata alla signora N. la somma
» di fr. 300, somma che essa non volle accettare. — Ora
» nessuna legge noi conosciamo per virtù della quale ci possa
» essere comandato di versare prima 400 che 300 fr. a detta
» signora. Le sentenze pronunciate dal Tribunale federale in
» casi analoghi hanno bensì riconosciuto in principio nei do-
» centi stati congedati anzi tempo un tal quale diritto a essere
» compensati, ma non crediamo che l'aver esso Tribunale
» aggiudicato agli stessi lo stipendio di un anno debba costi-
» tuire una misura fissa per tutti i casi consimili, e siamo
» invece d'avviso che si debbano considerare in ogni singolo
» caso le circonstanze particolari che militano a favore del
» postulante. — Una maestra-aggiunta non è d'altronde che
» un ajuto alla maestra principale, nè suolsi dimandare da
» lei quella pienezza di requisiti che si richieggono per essere
» maestra. — Merita poi d'essere notato che per quanto a noi
» consta la signora N. non è munita di nessuna patente; che,
» mancando di patente, essa non può essere stata nominata
» *regolarmente* giusta l'art. 190 della legge scolastica (art. 203

» ibidem); che, non essendo stata nominata *regolarmente*,
» non può neppure vantare un diritto qualsiasi ad indennizzo,
» non essendo guari in sua facoltà di pretendere che fosse
» lasciata in carica neppure un mese. — In ogni caso non è
» da ritenere ch'essa abbia effettivamente molto danno sofferto
» o che abbia il diritto di lamentarsene. — Gli asserti danni
» esistevano del resto già quando si chiedevano soli 400 fr.!
» — Concludiamo quindi domandando che, respinta l'avver-
» saria istanza, sia riconosciuto sufficiente l'indennizzo da
» noi già offerto, per pure atto di generosità, in fr. 300, —
» somma che noi anche oggi siamo disposti versare. — Il
» tutto colla condanna dell'attrice in ogni spesa. »

C. Nei successivi allegati di replica e duplica amendue le Parti insistono nelle reciproche loro ragioni, eccezioni e conclusioni d'ordine e di merito.

D. In data 26 giugno e 9 luglio pross. pass. dichiarano le Parti stesse che rinunciano a comparire ed a farsi rappresentare ai dibattimenti orali della presente causa, lasciando che il Tribunale giudichi senz'altro sugli atti prodotti. — La Corte entra quindi immediatamente in deliberazione.

Premessi in fatto ed in diritto i seguenti ragionamenti :

1° L'articolo 27 N° 4 della legge 27 giugno 1874 sulla organizzazione giudiziaria federale, sulla cui base l'attrice ha introdotto la sua domanda di risarcimento, è così concepito :

« *Il Tribunale federale pronuncia in cause di diritto ci-*
» *vile :*

» *Fra cantoni da una parte e corporazioni o privati dall'al-*
» *tra, quando l'oggetto della lite abbia un valore capitale di*
» *fr. 3000 almeno e che l'una o l'altra parte lo domandi.* »

2° Ora, la presente lite è bensì d'indole civile, come fu già lautamente dimostrato nei giudizi di questa Corte relativi alle cause identiche dei professori Polari, Bernardazzi e consorti, del 21/22 giugno 1878, e pende parimenti fra un cantone da una parte ed un privato dall'altra, ma l'oggetto della medesima non raggiunge il valore capitale che la legge richiede ad affermare la competenza del Tribunale federale. Difatti, la-

sciando pure da parte la considerazione che coll'istanza 15 aprile 1879, da essa direttamente presentata al Consiglio di Stato del cantone Ticino, la ricorrente ha implicitamente riconosciuto non doverle il governo convenuto che una somma di quattrocento franchi, sta in ogni caso la dichiarazione di quest'ultimo — di mantenere anche giudizialmente la buonale offerta d'un indennizzo di franchi trecento. Deducendo questi dai 3000 fr. che si chiedono col petitorio, non restano più a costiture l'effettiva entità del litigio che duemila settecento franchi, — motivo per cui, senza che sia mestieri d'entrare in ulteriore disamina sul merito stesso dell'avanzata istanza, quest'ultima va ritenuta nella forma inattendibile e quindi rejetta.

3° Vero è che la parte convenuta non ha fatto capo a simile argomento nè sollevato in questa causa veruna declinatoria di foro, ma gli è vero altresì che le questioni relative alla competenza essendo notoriamente *publici juris*, la Corte adita deve d'officio esaminarle e farne oggetto di pregiudiziale deliberazione.

Di conseguenza,

il Tribunale federale

pronuncia :

1° L'azione promossa dalla maestra signora Silvia Nosotti, di Lugano, contro lo Stato del cantone Ticino è respinta in via d'ordine per ragione d'incompetenza.

2° Il governo ticinese è tenuto alla giudiziale offerta da lui fatta all'istante. (V. sotto lettera B della fattispecie.)

Lausanne. — Imp. Georges Bridel.

A. STAATSRECHTLICHE ENTSCHEIDUNGEN

ARRÊTS DE DROIT PUBLIC

Erster Abschnitt. — Première section.

Bundesverfassung. — Constitution fédérale.

I. Constitutionelle Rechte. Droits constitutionnels.

Gleichheit vor dem Gesetze. Egalité devant la loi.

82. Urtheil vom 5. November 1880 in Sachen Jäggi.

A. § 30 des Civilgesetzbuches des Kantons Solothurn bestimmt:

„Zur Besorgung solcher Vermögenstheile, an welchen ein Ver„geltstager Nutznießungsrecht hat, wird ein Sachwalter ernannt.

„Ueber sein eigenes Vermögen, sofern es nach der Geltstags„ordnung nicht zur Masse gezogen wird, hat der Vergeltstagte „freies Verfügungsrecht. Derselbe kann auch für sich, nicht aber „für Andere, gerichtliche Handlungen vornehmen. Er ist nicht „eigenen Rechts."

Im Fernern bestimmt § 60 der solothurnischen Strafprozeßordnung: „Zur Uebernahme der Vertheidigung eines Angeklag„ten ist Jedermann berechtigt, der im Genuße seiner bürgerlichen „Ehrenrechte steht."

B. Vermittelst Zuschrift vom 14. Juni 1880 wandte sich nun der vergeltstagte Aloys Jäggi, gewes. Fürsprecher in Solothurn,

an den Amtsgerichtspräsidenten von Solothurn-Lebern mit der Anfrage, ob er ihm gestatte, vor seiner Audienz und vor Gericht seinen Klienten in Prozeßsachen Rechtsbeistand zu leisten. Nachdem der Amtsgerichtspräsident von Solothurn-Lebern diese Anfrage mit Berufung auf die citirten Gesetzesvorschriften in abschlägigem Sinne beschieden hatte, führte Aloys Jäggi gegen diesen Bescheid beim Obergericht des Kantons Solothurn Beschwerde, indem er behauptete, fraglicher Bescheid wende die angeführten Gesetzesbestimmungen unrichtig an und verstoße überdem gegen Art. 4 und 31 der Bundesverfassung, welche die Gleichheit aller Bürger vor dem Gesetze, sowie die Gewerbefreiheit gewährleisten. Das Obergericht des Kantons Solothurn wies indessen durch Entscheid vom 11. August 1880 die Beschwerde als unbegründet ab, indem es sich darauf stützte, daß eine konstante Praxis die angeführten Gesetzesstellen dahin interpretirt habe, daß Vergeltstagte als Rechtsbeistände für Prozeßparteien unzulässig seien.

C. Hierauf ergriff Aloys Jäggi den Rekurs an das Bundesgericht; er stellt das Gesuch, das Bundesgericht möchte die allegirten Gesetzesbestimmungen, sowie den darauf basirenden obergerichtlichen Entscheid als mit den Vorschriften der Bundesverfassung im Widerspruche stehend aufheben und ihm zu seinem verfassungsmäßigen Rechte verhelfen. Zur Begründung wird im Wesentlichen angeführt: Art. 30 des solothurnischen Civilgesetzbuches, welcher die Vergeltstagten als unfähig erkläre, gerichtliche Handlungen für Andere vorzunehmen, beziehe sich offenbar, wie auch in einem Rechtsgutachten mehrerer solothurnischer Juristen dargelegt werde, nur auf die prozessualische Vertretung, das prozessualische Handeln anstatt der Partei, keineswegs dagegen auf die bloße rechtliche Verbeiständung, das prozessualische Handeln als Rechtsbeistand neben einer Partei. Art. 60 der Strafprozeßordnung sodann schließe von der Uebernahme einer Vertheidigung in Strafsachen nur diejenigen aus, welche nicht im Genusse der bürgerlichen Ehren stehen. Nun mache Art. 27 a und d der solothurnischen Kantonalverfassung einen Unterschied zwischen Geltstagern und solchen, die nicht im Genusse der bürgerlichen Ehren stehen. Und Art. 2 dieser Verfassung bestimme,

daß nur solche Bestimmungen Geltung haben, welche auf verfassungsmäßigem Wege entstanden seien. Durch seinen angefochtenen Entscheid habe aber das solothurnische Obergericht, wie gezeigt, etwas als geltendes Recht angewendet, was nicht der wirkliche Inhalt eines auf verfassungsmäßigem Wege zu Stande gekommenen Gesetzes sei und damit eben den cit. Art. 2 der Kantonalverfassung, durch die unrichtige Anwendung des Art. 60 der Strafprozeßordnung überdem speziell den Art. 27 a und d dieser Verfassung verletzt. Es verstoße aber überhaupt der Ausschluß der Vergeltstagten von der prozessualischen Vertretung Anderer, wie Art. 30 des solothurnischen Civ.-Gesb. ihn statuire, gegen verfassungsmäßige Grundsätze, sowohl gegen das in Art. 31 der Bundesverfassung gewährleistete Prinzip der Gewerbefreiheit, worüber indeß der Bundesrath zu entscheiden haben werde, als auch gegen den Grundsatz der Gleichheit aller Bürger vor dem Gesetze. Im Allgemeinen sei nämlich nach solothurnischem Rechte jeder Handlungsfähige zur prozessualischen Vertretung Anderer befugt; es spreche nun durchaus kein innerer Grund dafür, die Vergeltstagten hievon auszuschließen und demgemäß in ihrer Handlungsfähigkeit zu beschränken. Eine allgemeine Präsumtion, daß ein Kridar zu gerichtlicher Wahrnehmung der Rechte Anderer nicht befähigt sei, erscheine als durchaus ungerechtfertigt und willkürlich.

D. Das Obergericht des Kantons Solothurn, welchem der Rekurs zur Vernehmlassung mitgetheilt wurde, bezieht sich einfach auf die Motive seiner angefochtenen Entscheidung. Der Regierungsrath des Kantons Solothurn, welchem die Rekursschrift ebenfalls mitgetheilt wurde, beantragt Abweisung des Rekurses, indem er im Wesentlichen bemerkt: Mit dem Prinzipe der Gleichheit aller Bürger vor dem Gesetze sei es durchaus verträglich, daß die Ausübung öffentlicher Rechte, die Vertretung dritter Personen vor staatlichen Gerichtsinstanzen u. s. w. an den Besitz gewisser Eigenschaften geknüpft werden; eine Haupteigenschaft hiebei sei gerade die bürgerliche Ehrenfähigkeit. Es sei deßhalb auch noch nie behauptet worden, daß z. B. der Ausschluß der Falliten vom Stimmrecht in politischen Angelegenheiten eine Verletzung der Rechtsgleichheit sei, gegentheils können an die That-

sache des Konkurses gewisse Rechtsnachtheile zweifellos geknüpft werden, wie dies auch thatsächlich überall geschehe, wobei es sich freilich fragen könnte, ob es nicht zweckmäßig und billig wäre, die bestehenden Rechtsbeschränkungen der Falliten für den Fall des unverschuldeten Konkurses zu mildern.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Insoweit der Rekurs direkt gegen die Bestimmungen des § 30 des solothurnischen Civilgesetzbuches und des § 60 der solothurnischen Strafprozeßordnung gerichtet ist, und die Aufhebung dieser Gesetzesbestimmungen wegen Verfassungswidrigkeit verlangt, erscheint derselbe, da gegenüber den fraglichen Gesetzesbestimmungen die 60tägige Beschwerdefrist des Art. 59 des Bundesgesetzes über Organisation der Bundesrechtspflege keinenfalls gewahrt ist, als verspätet und muß schon aus diesem Grunde abgewiesen werden. Insofern dagegen der Rekurrent die Aufhebung des Entscheides des solothurnischen Obergerichtes vom 11. August 1880 verlangt, muß der Rekurs, da nach konstanter Praxis des Bundesgerichtes nicht nur gegen ein Gesetz selbst, sondern auch gegen die Anwendung desselben im einzelnen Falle binnen der gesetzlichen Beschwerdefrist beim Bundesgerichte wegen Verfassungswidrigkeit Beschwerde geführt werden kann, als zulässig betrachtet werden und es ist daher dessen materielle Begründetheit zu prüfen.

2. Dabei ist nun aber vor Allem festzuhalten, daß das Bundesgericht keineswegs befugt ist, zu prüfen, ob durch die angefochtene Entscheidung des solothurnischen Obergerichtes die einschlägigen Bestimmungen der kantonalen Gesetze richtig ausgelegt und angewendet worden seien, sondern daß es lediglich zu untersuchen hat, ob durch die angefochtene Entscheidung ein verfassungsmäßiges Recht des Rekurrenten verletzt worden sei. Das Bundesgericht hat also nicht zu prüfen, ob die fragliche Entscheidung den Bestimmungen der kantonalen Gesetzgebung, auf welche sie sich stützt, entspreche, sondern nur ob dieselbe nicht einen Grundsatz des kantonalen oder eidgenössischen Verfassungsrechtes verletze. (Art. 113 Ziffer 2 der Bundesverfassung; Art. 59 des Bundesgesetzes über Organisation der Bundesrechtspflege.)

3. Diese Frage ist nun ohne Weiteres zu verneinen. Denn:

a. Wenn Rekurrent sich zunächst auf Art. 2 der solothurnischen Kantonalverfassung beruft, so ist diese Berufung offensichtlich eine durchaus verfehlte. Denn dieser Artikel, welcher bestimmt, daß im Kanton Solothurn nur solche Bestimmungen und Gewohnheitsrechte Geltung haben, welche auf verfassungsmäßigem Wege entstanden, bezw. von den verfassungsmäßigen Behörden anerkannt seien, kann durch die angefochtene Entscheidung, da diese sich auf Gesetze stützt, die zweifellos auf verfassungsmäßigem Wege zu Stande gekommen sind, keinenfalls verletzt sein.

b. Ebensowenig ist erfindlich, inwiefern die in Frage stehende Entscheidung gegen den § 27 der solothurnischen Kantonalverfassung verstoßen sollte, welcher den Ausschluß vom politischen Stimmrecht regelt. Rekurrent scheint anzunehmen, daß diese Verfassungsbestimmung eine Unterscheidung zwischen Geltstagern und solchen mache, welche nicht im Genusse der bürgerlichen Ehrenrechte stehen. Allein dies ist offenbar unrichtig; vielmehr versagt die fragliche Verfassungsbestimmung das Stimmrecht, als wichtigstes der bürgerlichen Ehrenrechte, sowohl den Geltstagern als denjenigen, welchen die bürgerlichen Ehrenrechte durch richterliches Urtheil aberkannt worden sind.

c. Endlich erscheint auch die Behauptung, daß durch die angefochtene Entscheidung der bundesverfassungsmäßig gewährleistete Grundsatz der Gleichheit aller Bürger verletzt werde, als unbegründet. Wie das Bundesgericht bereits in seiner Entscheidung vom 2. April 1880 (Amtl. Samml. VI S. 171 u. ff.) ausgeführt hat, liegt keineswegs in jeder Verschiedenheit in der rechtlichen Behandlung einzelner Klassen von Bürgern eine Ungleichheit vor dem Gesetz, sondern liegt eine verfassungswidrige Ungleichheit vor dem Gesetze nur dann vor, wenn ein Gesetz Rechtsverschiedenheiten an thatsächliche Verschiedenheiten knüpft, welche nach feststehenden Rechtsgrundsätzen für die betreffende Rechtsfolge überall gar nicht in Betracht kommen können. Nun ist es aber klar, daß es keineswegs gegen feststehende oberste Grundsätze der geltenden Rechts- und Staatsordnung verstößt, wenn die Befugniß zur Vertretung Dritter vor Gericht vom Besitze bestimmter Eigenschaften, insbesondere der vollen bürgerlichen Ehrenfähigkeit, abhängig gemacht wird und Geltstager von der-

selben ausgeschlossen werden. Vielmehr erscheint eine derartige, in einer Mehrzahl schweizerischer Gesetzgebungen sich findende Bestimmung, durch welche an das Faktum des Konkurses eine benachtheiligende Rechtsfolge für den Konkursiten auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes geknüpft wird, in gleicher Weise und aus den gleichen Gründen als zulässig, wie der bundesrechtlich zweifellos unanfechtbare Ausschluß der Konkursiten vom politischen Stimmrechte.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird als unbegründet abgewiesen.

II. Doppelbesteuerung. — Double imposition.

83. Urtheil vom 6. November 1880 in Sachen Scheidegger.

A. Durch Beschluß der Steuertaxationskommission von Ruswyl, Kantons Luzern, wurde Christian Scheidegger von Trub, Kantons Bern, Besitzer der Liegenschaft Halterhaus in Ruswyl, für ein reines Vermögen von 16 000 Fr. zur Steuer herangezogen. Gegen diesen Beschluß rekurrirte derselbe an den Regierungsrath des Kantons Luzern mit dem Begehren, es sei auszusprechen, daß er kein reines Vermögen oder höchstens 1000 Fr. zu versteuern habe. Der Regierungsrath des Kantons Luzern wies indeß diesen Rekurs durch Beschluß vom 5. Juli 1880 als unbegründet ab.

B. Gegen diese Entscheidung ergriff Chr. Scheidegger den Rekurs an das Bundesgericht. Er stellt die Anträge:

1. Es sei die Erkenntniß des luzernischen Regierungsrathes vom 5. Juli und diejenige des Gemeindrathes und der Steuertaxationskommission von Ruswyl vom 5. Juni 1880 aufzuheben und Rekurrent Scheidegger ab der Steuerkontrolle der Gemeinde Ruswyl im reinen Vermögen ganz zu streichen.

2. Eventuell sei das steuerbare Vermögen des Rekurrenten auf höchstens 1000 Fr. Kapital zu fixiren.

3. Die Opponenten seien in alle daherigen Kosten zu verfällen.

Zur Begründung führt er aus: Er habe durch Kaufvertrag vom 13. August 1877 den Hof Haltershaus in der Gemeinde Ruswyl um den Kaufpreis von 72 000 Fr. gekauft; an die nach Abzug der von ihm übernommenen Hypothekarschulden noch verbleibende Kaufrestanz von 31 573 Fr. 11 Cts. habe er 20 000 Fr. baar bezahlt. Indessen habe er diese Summe nicht aus eigenen Mitteln bezahlen können, sondern er habe dieselbe von seinem Vater und seinem Schwager vorgeschossen erhalten, wofür er den Darleihern Obligationen ausgestellt habe, die von ihnen an ihrem Wohnorte, in Trub, Kantons Bern, als Kapitalvermögen versteuert werden. Vor seiner Uebersiedelung nach Ruswyl habe er „bereits kein" Vermögen besessen und sei auch nicht auf dem Staatssteuerregister seiner Heimatgemeinde Trub gestanden. Die geringe Aussteuer, die er s. Z. von Hause aus erhalten habe, sei vollständig zu Anschaffung des Betriebsmaterials in Ruswyl verwendet worden. Zudem habe er den Hof in Ruswyl, der im Katasterbuche nur auf 28 000 Fr. geschätzt sei, wie sich aus einem Zeugnisse mehrerer Liegenschaftsbesitzer ergebe, wohl um 20 % zu theuer gekauft, so daß die Anzahlung von 20 000 Fr. als gänzlich verloren betrachtet werden müsse.

Wenn er nun nichtsdestoweniger in der Gemeinde Ruswyl, bezw. im Kanton Luzern für 16 000 Fr. reines Vermögen besteuert werde, so liege eine Doppelbesteuerung vor, indem das nämliche Guthaben, d. h. das von ihm zu Leistung der Kaufsanzahlung entlehnte Geld, in zwei Kantonen besteuert werden wolle.

C. Der Regierungsrath des Kantons Luzern beantragt Abweisung des Rekurses unter Kostenfolge, indem er ausführt: Von einer Doppelbesteuerung könne vorliegend nicht die Rede sein, da keineswegs zwei Kantone das nämliche Subjekt und Objekt für die nämliche Zeit ihrer Steuerberechtigung unterwerfen wollen. Uebrigens habe Rekurrent vor seiner Uebersiedelung nach Ruswyl in Trub gegenüber der Gemeinde ein Vermögen (Spar-

kassenguthaben) von 2000 Fr., wie sich aus einem amtlichen Berichte des dortigen Gemeindrathes ergebe, versteuert und habe sein Mobiliar in Ruswyl für 18 300 Fr. versichert. Es sei auch amtlich nicht ermittelt und zu bezweifeln, daß er das zu Leistung der Anzahlung auf den Hof in Ruswyl verwendete Geld darlehensweise aufgenommen und eventuell daß dasselbe von den Gläubigern im Kanton Bern versteuert werde. Auch wenn man annehme, daß Rekurrent den Hof um 20 % zu theuer gekauft habe, so ergebe das bei einer Ankaufssumme von 72 000 Fr. bloß eine Einbuße von 14 400 Fr., so daß dem Rekurrenten noch rein 5600 Fr. Liegenschaftsvermögen verbleibe. Rechne man dazu noch die 18 300 Fr. für die versicherte Fahrhabe, so ergebe sich, daß Rekurrent mit 16 000 Fr. nicht zu hoch, sondern zu niedrig besteuert sei.

D. Replicando hält der Rekurrent an den Ausführungen seiner Rekursschrift fest, indem er insbesondere bemerkt, daß der überwiegende Theil der von ihm versicherten Fahrhabegegenstände großentheils Bodenerzeugnisse der Liegenschaft seien, die keinen bleibenden Bestandtheil seines Vermögens bilden, sowie daß das versicherte Mobiliar ihm großentheils von seinem Verkäufer in den Kauf gegeben, also in dem Kaufpreise von 72 000 Fr. mitinbegriffen gewesen sei.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

Von einer Doppelbesteuerung, gegen welche das Bundesgericht einzuschreiten in der Lage wäre, kann, wie die bundesrechtliche Praxis stets festgehalten hat, nur dann die Rede sein, wenn mehrere Kantone das Steuerrecht in Bezug auf das nämliche Subjekt und Objekt für die gleiche Zeit kraft ihrer Gesetzgebung in Anspruch nehmen. Vorliegend nun ist dieser Fall keineswegs gegeben, denn Rekurrent beschwert sich keineswegs darüber, daß er, bezw. sein Vermögen, in zwei Kantonen zur Steuer herangezogen werden wolle, sondern lediglich darüber, daß im Kanton Luzern bei Berechnung seines reinen steuerpflichtigen Vermögens Schulden nicht in Abzug gebracht worden seien, für welche seine, im Kanton Bern domizilirten Gläubiger daselbst ihrerseits die Steuer bezahlen müssen und daß daher sein reines Vermögen nicht richtig, bezw. zu hoch taxirt worden sei. Es handelt sich

somit lediglich um eine Beschwerde wegen angeblich unrichtiger Steuertaxation, welche das Bundesgericht zu untersuchen keineswegs in der Lage ist.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird als unbegründet abgewiesen.

---

84. Urtheil vom 29. Oktober 1880 in Sachen Gemeinde Stalla.

A. Vor zwei Jahren verstarb in Sassuolo, Königreichs Italien, der dort niedergelassene, aus dem Kanton Graubünden gebürtige Salice Fasciati ohne Hinterlassung von Kindern. Von seinen Erben, die sämmtlich graubündnerische Staatsangehörige und im Kanton Graubünden, theils in der Gemeinde Borgonovo, theils dagegen in der Gemeinde Stalla niedergelassen sind, verlangte nun die Gemeinde Stalla, gestützt auf ein Gemeindestatut vom 6. April 1850, wonach das sämmtliche Vermögen aller Bürger, Beisäßen und in Stalla Begüterten, welche kinderlos absterben, mit einer Erbschaftssteuer von 2 % zu Gunsten des Schulfonds belegt wird, diese Erbschaftssteuer für den beweglichen Nachlaß mit der Behauptung, daß der Erblasser in Stalla verbürgert gewesen sei; am 25. Mai 1879 beschloß sie, es werde das bewegliche, von Salice Fasciati hinterlassene Vermögen auf 250 000 Fr. taxirt und es seien ferner die Erben Fasciati pflichtig, von diesem Betrag die 2prozentige Erbschaftssteuer an den Schulfonds von Stalla zu bezahlen und es werden dieselben für diese Steuer solidarisch haftbar erklärt.

B. Gegen diesen Beschluß rekurrirte nun Landammann Rudolf Lanz in Stalla, welcher als einer der Erben für Bezahlung der fraglichen Steuer in Anspruch genommen worden war, an den Kleinen Rath des Kantons Graubünden und dieser erklärte am 11. Oktober 1879 den Rekurs für begründet und demnach die Gemeinde Stalla als nicht berechtigt, den mobilen Ver-

mögensnachlaß des Salice Fasciati zu besteuern, mit der Begründung: Es handle sich hier um eine Doppelbesteuerung des beweglichen Nachlasses des in Sassuolo, Königreichs Italien, verstorbenen und dort domizilirten Salice Fasciati, welcher Fall in erster Linie nach den maßgebenden Grundsätzen des Bundesrechtes zu beurtheilen sei, und es sei nun sowohl bundesrechtlicher als auch internationaler Grundsatz, daß das gesammte bewegliche Vermögen einer Person in demjenigen Staate, in welchem dieselbe ihren Wohnsitz habe, bezw. sofern es sich um eine Erbschaftssteuer handle, zur Zeit ihres Todes gehabt habe, der Besteuerung unterliege, während das unbewegliche Vermögen da versteuert werden müsse, wo sich dasselbe befinde; das Besteuerungsrecht der Gemeinde Stalla müsse bei Fragen völkerrechtlichen Charakters den von der Bundesgesetzgebung und von der bundesrechtlichen Praxis anerkannten internationalen Grundsätzen nachstehen; es sei auch die von der Gemeinde Stalla erhobene Verwirkungseinrede unbegründet, da die Beschwerde des Rudolf Lanz verfassungsmäßig garantirte, allgemeine Rechte beschlage, deren Geltendmachung an keine Frist gebunden sei. Dieser Beschluß des Kleinen Rathes, gegen welchen die Gemeinde Stalla den Rekurs an den Großen Rath des Kantons Graubünden ergriffen hatte, wurde von letzterer Behörde durch Beschluß vom 21. Juni 1880 bestätigt, indem sie die Begründung des kleinräthlichen Entscheides mit dem Zusatze adoptirte, daß das italienische Gesetz über Erbschaftssteuern ausdrücklich die Besteuerung des beweglichen Nachlasses eines in Italien verstorbenen, dort wohnenden Bürgers oder Fremden vorschreibe.

C. Gegen diesen Entscheid ergriff die Gemeinde Stalla den Rekurs an das Bundesgericht; sie führt aus: Es frage sich, ob die von der Gemeinde Stalla erhobene Erbschaftssteuerforderung eine verfassungswidrige Doppelbesteuerung involvire oder nicht. Der Kleine und der Große Rath des Kantons Graubünden nehmen dies an, indem sie davon ausgehen, daß die fragliche Steuer nach bundesrechtlicher Praxis in Italien, als dem Staate des letzten Domizils des Erblassers, bezahlt werden müsse. Allein dies sei unrichtig. Die bundesrechtliche Praxis beziehe sich, wenigstens in Bezug auf bewegliche Vermögensgegenstände, nur auf

interkantonale, nicht dagegen auf internationale Steueranstände. Uebrigens komme es für die Erbschaftssteuer nicht auf das Domizil des Erblassers, sondern auf das Domizil der Erbschaft an, letzteres aber befinde sich in Stalla, da nach Art. 1, 4 des graubündnerischen Civilgesetzes das graubündnerische Recht auf alle von Kantonsangehörigen herrührenden, wenn auch im Auslande gefallenen Erbschaften Anwendung finde, sofern Kantonsangehörige dabei betheiligt seien, und nach Art. 27 C.-P. der Gerichtsstand der Erbschaft am letzten Wohnorte des Erblassers im Kanton oder an demjenigen inländischen Heimatorte begründet sei, wo er oder seine Voreltern zuletzt bürgerliche Rechte ausgeübt haben. Die Gemeinde Stalla habe im Fernern das unbestrittene Recht gehabt, das Statut vom 6. April 1850 aufzustellen. Es sei des Weitern zu bemerken, daß die Beschwerde des Landammanns Rudolf Lanz an den Kleinen Rath wegen Verabsäumung der in Art. 18 b und 19 des kleinräthlichen Geschäftsreglementes vorgesehenen Fristen verspätet gewesen sei. Endlich habe auch Rudolf Lanz durch eine Zuschrift vom 15. Juli 1879 die Steuerpflicht prinzipiell anerkannt. Die Gemeinde glaube demnach, gestützt auf Art. 59 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege, das verfassungsmäßige Recht zu haben, den beweglichen Nachlaß des Salice Fasciati mit einer Erbschaftssteuer zu belegen; sie trage somit darauf an, es seien die Beschlüsse des Kleinen und des Großen Rathes vom 19. Oktober 1879 und 21. Juni 1880 aufzuheben und die Gemeinde Stalla als berechtigt zu erklären, eine Steuer von 2 % von 250 000 Fr., als mobilen Vermögensnachlaß des Salice Fasciati, zu erheben und es sei ferner die Rekurspartei Lanz, da sie mit Schreiben vom 15. Juli 1879 die Steuerpflicht anerkannt habe, nachher aber trotzdem die Rekurse veranlaßt habe, als pflichtig zu erklären, der Gemeinde Stalla eine angemessene Entschädigung zu leisten.

D. In seiner Vernehmlassung trägt Landammann Rudolf Lanz auf Abweisung der Rekursbeschwerde unter Kostenfolge an, indem er in einläßlicher Erörterung die Ausführungen der Rekursschrift bekämpft und insbesondere bemerkt: Die Frage, ob der Rekurs an den Kleinen Rath verwirkt gewesen sei, falle, da

es sich dabei nicht um verfassungsmäßige Rechte handle, gar nicht in die Kompetenz des Bundesgerichtes. Es werde im Fernern bestritten, daß der Erblasser in Stalla verbürgert gewesen sei; er sei vielmehr in Soglio und Stampa im Bergell Bürger gewesen. Für die Frage der Steuerberechtigung komme es übrigens hierauf, sowie auf den Gerichtsstand der Erbschaft gar nicht an, sondern lediglich auf das letzte Domizil des Erblassers, wie dies die bundesrechtliche Praxis stets anerkannt habe. Letzteres aber habe sich zweifellos im Königreich Italien befunden; im Verhältnisse zu Italien finde denn auch die bundesrechtliche Praxis betreffend Doppelbesteuerung gemäß den bestehenden Staatsverträgen Anwendung. Eine Anerkennung der Steuerpflicht habe nicht stattgefunden, sondern es habe Rekursbeklagter nur, um weitere Anstände zu vermeiden, eine Vergleichsofferte gemacht, die aber von der Gemeinde nicht angenommen worden sei.

E. Der Kleine Rath des Kantons Graubünden seinerseits, welchem die Rekursbeschwerde ebenfalls mitgetheilt worden war, verweist einfach auf die sachbezüglichen Akten.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Es kann sich für das Bundesgericht, gemäß Art. 113 Ziffer 3 der Bundesverfassung und Art. 59 litt. a des Bundesgesetzes über Organisation der Bundesrechtspflege lediglich darum handeln, zu untersuchen, ob durch den angefochtenen Beschluß des Großen Rathes des Kantons Graubünden ein der Rekurrentin durch die Bundesverfassung und die in Ausführung derselben erlassenen Bundesgesetze oder durch die graubündnerische Kantonalverfassung gewährleistetes Recht verletzt worden sei; dagegen steht dem Bundesgerichte eine weitergehende, selbständige Kognition darüber, ob der durch den fraglichen Entscheid des graubündnerischen Großen Rathes zurückgewiesene Steueranspruch der Gemeinde Stalla nach Mitgabe des geltenden kantonalen Rechtes oder nach internationalen Rechtsgrundsätzen, auf welche in Erwägung 4 des angefochtenen Entscheides Bezug genommen wird, begründet sei, überall nicht zu, vielmehr ist die Entscheidung hierüber einzig und allein den zuständigen kantonalen Behörden anheimgegeben. Demnach hat das Bundesgericht keineswegs, wie die Rekurrentin meint, zu untersuchen, ob die frag-

liche Erbschaftssteuerforderung eine verfassungswidrige Doppelbesteuerung involvire, bezw. ob dieselbe vom Großen Rathe des Kantons Graubünden mit Recht aus diesem Grunde aberkannt worden sei, sondern es hat bloß zu prüfen, ob die in Anspruch genommene Steuerberechtigung der Rekurrentin durch die Bundesverfassung und Bundesgesetzgebung oder durch die graubündnerische Kantonalverfassung gewährleistet sei und daher der dieselbe zurückweisende Beschluß des Großen Rathes ein verfassungsmäßiges Recht der Rekurrentin verletze.

2. Diese Frage ist nun zweifellos zu verneinen. Denn:

a. Wenn die Rekurrentin sich auf Art. 46 Abs. 2 der Bundesverfassung, bezw. auf die durch die bundesrechtliche Praxis ausgebildeten Grundsätze betreffend Doppelbesteuerung beruft, so ist klar, daß die letztern keineswegs irgendwelche verfassungsmäßige Gewährleistung der Steuerberechtigung der Gemeinden enthalten, sondern lediglich eine bundesrechtliche Schranke des Steuerrechtes der Kantone und Gemeinden aufstellen und daher durch den angefochtenen Beschluß keinenfalls verletzt sein können.

b. Einen andern Grundsatz der Bundes- oder Kantonalverfassung, gegen welchen der angefochtene Beschluß verstoßen würde, hat die Rekurrentin nicht namhaft gemacht und es ist auch ein solcher nicht erfindlich.

3. Verletzt aber somit der Beschluß des Großen Rathes des Kantons Graubünden vom 21. Juni 1880 kein verfassungsmäßiges Recht der Rekurrentin, so muß der Rekurs nach dem in Erwägung 1 Ausgeführten als unbegründet abgewiesen werden.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird als unbegründet abgewiesen.

III. Glaubens- und Gewissensfreiheit. Steuern zu Kultuszwecken.

Liberté de conscience et de croyance. Impôts dont le produit est affecté aux frais du culte.

85. Entscheid vom 1. Oktober 1880 in Sachen der evangelisch-reformirten Kirchgemeinde Luzern.

A. Die evangelisch-reformirte Kirchgemeinde von Luzern dekretirte am 16. Februar 1879 eine Kirchensteuer pro 1879 von $^1/_2$ $^0/_{00}$ des steuerbaren Vermögens, zu welcher Steuer auch Oberst Rudolf Merian-Iselin in Basel, als Besitzer des im Bezirke der evangelisch-reformirten Kirchgemeinde Luzern gelegenen Gutes Altstadt in Meggen herangezogen wurde. Gegen diese Steueranlage erhob Oberst Merian-Iselin beim Kirchenvorstande von Luzern Einsprache mit der Behauptung, daß er „derjenigen Religionsgenossenschaft, welche die reformirte Kirchgemeinde von Luzern bilde, nicht angehöre" und daher nach Maßgabe des Art. 49 der Bundesverfassung nicht angehalten werden könne, zu Kultuszwecken jener Gemeinde Steuern zu bezahlen. Der Vorstand der reformirten Kirchgemeinde wies durch Beschluß vom 14. November 1879 diese Einsprache ab, mit der Begründung: Oberst Merian-Iselin gehöre notorisch der Basler Landeskirche an, letztere aber gehöre zur allgemeinen schweizerisch-reformirten Religionsgenossenschaft, wie sie aus der Reformationsbewegung des 16. Jahrhunderts hervorgegangen sei und zu welcher auch die reformirte Kirchgemeinde Luzern gehöre.

B. Gegen diesen Beschluß ergriff Oberst Merian-Iselin den Rekurs an den Regierungsrath des Kantons Luzern. Nach Anhörung der Parteien entschied nun letzterer durch Beschluß vom 16. Februar 1880 dahin: „Es könne weder über die Begründetheit des Rekurses hierorts ein Entscheid gegeben, noch das Erkenntniß der Kirchenverwaltung als in Kraft bestehend betrachtet werden, bis die Vorfrage über die persönliche Zugehörigkeit des

Rekurrenten zur protestantischen Kirche von Luzern von kompetenter Stelle entschieden sei." Diesem Beschlusse sind im Wesentlichen folgende Erwägungen vorangeschickt: Die protestantische Kirchgemeinde Luzern sei eine durch § 296 des luzernischen Organisationsgesetzes anerkannte Kirchgemeinde, welcher das Besteuerungsrecht gegenüber ihren Angehörigen zustehe. Da nun das Gut Altstadt unbestrittenermaßen dem Territorium der protestantischen Kirchgemeinde Luzern angehöre, so sei Rekurrent für dasselbe kirchensteuerpflichtig, sofern er ein Konfessionsgenosse der protestantischen Kirchgemeinde Luzern sei. Ueber diese letztere Frage, ob Rekurrent ein Konfessionsgenosse der protestantischen Kirchgemeinde Luzern sei, könne nun aber die kantonale Administrativbehörde nicht entscheiden, da diese Frage nicht dem Rechtsgebiete angehöre. Einerseits nämlich genüge, wie der Regierungsrath in Bezug auf katholische Gemeinden stets festgehalten habe, die Erklärung eines Bürgers, einer Kirchgemeinde, d. h. der staatlichen Organisation einer Religions- oder Kultusgenossenschaft auf umschriebenem Territorium, nicht angehören zu wollen, nicht, um den Erklärenden von der Kultussteuerpflicht zu befreien, sondern es müsse der Austritt aus dem ganzen kirchlichen Verbande, welchem die betreffende Kirchgemeinde angehöre, erklärt werden. Andererseits dagegen scheine es an einem äußern Kriterium, nach welchem sich die Zugehörigkeit zum Kirchenverbande der reformirten Kirchgemeinde in Luzern beurtheilen ließe, gänzlich zu mangeln. Aus der Geschichte der protestantischen Kirchgemeinde in Luzern ergebe sich nämlich, daß sie von einer Anzahl protestantischer Kantone gegründet und der zürcherischen Nationalkirche unterstellt worden sei. So lange dieser Verband gedauert habe, würde sich ein äußeres Kriterium für die Zugehörigkeit eines Individuums zu der Konfession der Gemeinde Luzern haben finden lassen; im Jahre 1872 nun aber haben die sie bisher patronisirenden Kantone, unter Auflösung ihres daherigen Verbandes, die reformirte Kirchgemeinde von Luzern kirchlich und administrativ selbständig erklärt, und sie gleichzeitig auch von dem bisherigen Verbande mit der zürcherischen Nationalkirche emanzipirt, so daß sie, da der Kanton Luzern eine protestantische Nationalkirche nicht besitze, seither in dogmatisch-

konfessioneller Hinsicht vollkommen selbständig gewesen sei. Daraus folge nun aber, daß nicht der Schluß gezogen werden könne, jeder Christ, der nicht der katholischen Kirche angehöre, oder jeder Einwohner, welcher der offiziellen Kirche eines schweizerischen protestantischen Kantons angehöre, sei ipso facto ein Konfessionsgenosse der protestantischen Kirchgemeinde Luzern. Vielmehr sei, infolge der dogmatisch-konfessionellen Selbständigkeit der protestantischen Kirchgemeinde Luzern, die Frage, wer ihr Konfessionsgenosse sei, eine Thatfrage jeden einzelnen Falles, welche als Vorfrage vom Richter oder von einer sich dazu kompetent haltenden Bundesbehörde entschieden werden müsse, bevor die kantonale Administrativbehörde in der Lage sei, über einen anhängig gemachten Steuerrekurs zu entscheiden.

C. Gegen diese Entscheidung des Regierungsrathes des Kantons Luzern ergriff die evangelisch-reformirte Kirchgemeinde Luzern den Rekurs an das Bundesgericht. In ihrer Rekursschrift stellt sie die Anträge: Das Bundesgericht wolle in Umänderung des Beschlusses des Regierungsrathes des Kantons Luzern erkennen: Oberst Merian sei nicht berechtigt, auf Grund des Art. 49 litt. b der Bundesverfassung die Katastersteuer an die reformirte Kirchgemeinde Luzern zu verweigern. Herr Merian habe die Kirchgemeinde für die Eingabe an den Regierungsrath und an das Bundesgericht mit 70 Fr. zu entschädigen. Zur Begründung wird unter Verweisung auf das bereits in der dem Regierungsrathe des Kantons Luzern eingereichten Rechtsschrift Ausgeführte wesentlich geltend gemacht: Wie auch der Regierungsrath des Kantons Luzern anerkenne, gehe es nicht an, bloß aus einer einzelnen Kirchgemeinde einer Religionsgenossenschaft auszutreten, sondern derjenige, welcher einer bestimmten Religionsgenossenschaft angehöre, sei ohne Weiteres auch Angehöriger derjenigen Kirchgemeinde dieser Religionsgenossenschaft, welcher er, gemäß der bestehenden Gesetzgebung, durch Wohnsitz oder Güterbesitz angehöre, so lange er nicht aus der Religionsgenossenschaft selbst austrete. Die Religionsgenossenschaft werde aber durch die Konfession bestimmt, bezw. der Begriff Religionsgenossenschaft sei mit demjenigen der Konfession identisch. Nun gebe es, was der Regierungsrath des Kantons Luzern vergebens

zu verkennen sich bemühe, eine einheitliche schweizerisch-protestantische Konfession, welcher auch die reformirte Kirchgemeinde Luzern angehöre. Oberst Merian-Iselin verneine aber selbst nicht, der schweizerisch-protestantischen Konfession anzugehören, folglich sei er, gemäß § 91 der Luzerner Staatsverfassung, wonach die Kirchgemeinden der Inbegriff der innert der bestehenden Pfarrsprengel wohnhaften, in anerkannte Genossenschaften organisirten Einwohner der gleichen Konfession seien, ohne weiters auch Angehöriger der reformirten Kirchgemeinde Luzern, so lange er nicht aus der schweizerisch-protestantischen Religionsgenossenschaft überhaupt austrete. Die im Jahre 1872 geschehene Emanzipation der Kirchgemeinde Luzern durch die reformirten und paritätischen Stände, welche bis dahin das Protektorat über dieselbe ausgeübt haben, sei lediglich administrativer Natur gewesen, an der dogmatisch-konfessionellen Stellung der Gemeinde sei dadurch nichts geändert worden, wie sich schon daraus ergebe, daß in dem Konferenzprotokolle der Protektoratsstände vom 17. Juli 1871 die Zuversicht ausgesprochen sei, daß die Gemeinde, auch nach ihrer Entlassung aus dem Protektorate, sich und der Konfession Ehre machen und eine glückliche Zukunft haben werde. Zu bemerken sei endlich noch, daß, wenn es, um Mitglied der protestantischen Kirchgemeinde Luzern zu werden, nicht genügen würde, daß ein Einwohner der protestantischen Konfession überhaupt angehöre, sondern immer noch speziell untersucht werden müßte, ob er der luzernisch-protestantischen Konfession angehöre, alsdann, da es jedem nach Luzern ziehenden Protestanten freistünde, der Gemeinde beizutreten oder nicht, die luzernische protestantische Kirchgemeinde aus einer Kirchgemeinde des öffentlichen Rechtes zu einer bloß privaten Genossenschaft degradirt und ihr eine besondere, vom sonstigen Protestantismus spezifisch verschiedene Art des Protestantismus imputirt würde, wogegen der Kirchenvorstand Verwahrung einlegen müsse. Die Beschwerde sei an das Bundesgericht deßhalb gerichtet worden, weil Oberst Merian-Iselin sich auf Art. 49 litt. b der Bundesverfassung berufe und die Rekurrentin ihren Rekurs auch auf Art. 91 der luzernischen Kantonsverfassung stütze. Sollte indeß das Bundesgericht annehmen, es handle sich hier um einen Anstand aus

dem öffentlichen Rechte nach Art. 50 Lemma 3 der Bundesverfassung, weil die Regierung des Kantons Luzern eine Spaltung innerhalb der protestantischen Konfession zu supponiren scheine, so werde das Bundesgericht ersucht, die Beschwerde entweder selber dem Bundesrathe, der alsdann zur Entscheidung berufen wäre, zu übermitteln oder sie der Rekurrentin zu diesem Zwecke zurückzustellen. Eventuell werde auch die Klage wegen Rechtsverweigerung gegen den Regierungsrath vorbehalten.

D. In seiner Vernehmlassung bemerkt der Regierungsrath des Kantons Luzern: Zur Entscheidung der Vorfrage, ob Oberst Merian-Iselin Konfessionsgenosse der evangelisch-reformirten Kirchgemeinde Luzern sei, erachte er sich weder kompetent noch befähigt. Denn es könne, namentlich seit dem Bestande der neuen Bundesverfassung, unmöglich in der Aufgabe einer Regierung liegen, sich mit der Theologie so speziell vertraut zu machen, als nothwendig wäre, um hierüber zu entscheiden. Wer darüber zu entscheiden habe, wisse der Regierungsrath nicht; nur das wisse er, daß er es nicht sei, weßhalb er es dem Kirchenvorstande überlassen müsse, einen diesfälligen Entscheid einer kompetenten Stelle einzuholen. Die Emanzipation der reformirten Kirchgemeinde Luzern vom Jahre 1872 sei allerdings für die Entscheidung der vorliegenden Frage von Bedeutung. Denn damit sei die fragliche Kirchgemeinde zugleich von der Visitation der zürcherischen Landeskirche befreit und daher in dogmatisch-konfessioneller Richtung ganz selbständig gestellt worden, so daß es ihr freigestanden habe, eine Konfession nach ihrem Belieben zu wählen. Welche sie gewählt habe, wisse der Regierungsrath nicht und er sei auch nicht im Falle, darüber zu urtheilen, da er sich nicht in der Stellung eines Landesbischofes einer protestantischen Nationalkirche befinde. Bestände die Verbindung mit der zürcherischen Landeskirche noch, so würde sich der Regierungsrath behufs Entscheidung der Vorfrage einfach an die gesetzlichen Oberbehörden der zürcherischen Kirche gewendet haben; allein seit der Selbständigerklärung der Kirchgemeinde Luzern sei dies ausgeschlossen.

E. In einer „Interventionsgesuch" betitelten Rechtsschrift, d. d. 24. Mai 1880, macht Oberst Merian-Iselin gegenüber

den Ausführungen der Rekursschrift wesentlich geltend: Er habe seinerseits den Rekurs gegen den Entscheid des Regierungsrathes des Kantons Luzern nicht ergriffen, weil er durch denselben wenigstens vorläufig von der Steuerpflicht liberirt worden sei, obschon er einen definitiven Entscheid in dieser Richtung zu verlangen berechtigt gewesen wäre. Nachdem nun aber anderseitig der Rekurs ergriffen worden sei, erachte er sich für befugt, auch seinerseits in negativer und positiver Form zutreffende Rechtsbegehren zu stellen. Streitig sei nun in der Sache selbst einzig die Frage, ob er Kirchgemeindegenosse der protestantischen Kirchgemeinde Luzern sei. Die Rekurrentin glaube diese Frage deßhalb bejahen zu können, weil er der baslerischen Landeskirche angehöre, indem sie sich darauf stütze, daß letztere der allgemeinen schweizerisch-protestantischen Religionsgenossenschaft angehöre, zu der auch die luzernische Kirchgemeinde zu zählen sei. Allein diese Aufstellung sei unrichtig. Eine allgemeine schweizerisch-protestantische Kirche bestehe nicht; die verschiedenen kantonalen reformirten Landeskirchen bilden selbständige Religionsgenossenschaften im Sinne der Bundesverfassung; ebenso sei die mit keinem staatlichen Organismus im Zusammenhang stehende, eigens konstituirte reformirte Kirchgemeinde in Luzern eine Religionsgenossenschaft für sich, welche mit der baslerischen Landeskirche in keinem organischen Zusammenhange mehr stehe, wie sich aus ihrer geschichtlichen Entwicklung ergebe. Bei der vollständigen Selbständigkeit, welche die Kirchgemeinde Luzern gegenwärtig in Bezug auf die Pfarrwahl, das Glaubensbekenntniß, die Liturgie u. s. w. genieße, leuchte ein, daß diese Gemeinde eine kirchlich-religiöse Richtung einschlagen könne, welcher andere, ohne sich in ihrem Gewissen zu beengen, nicht folgen können. Die Zumuthung, daß er, sofern er der luzernischen Kirchgemeinde nicht angehören wolle, zugleich erklären müsse, auch der baslerischen Landeskirche, bezw. der schweizerisch-protestantischen Konfession überhaupt nicht mehr angehören zu wollen, sei somit eine durchaus ungerechtfertigte; es müsse vielmehr, wie das Bundesgericht in seinem Urtheile i. S. Müller und Genossen (Entsch. Amtl. Sammlung II S. 388 u. ff.) ausgesprochen habe, jede Erklärung genügen, welche darüber, welcher Religionsgenossenschaft

er nicht angehören wolle, keinen Zweifel aufkommen lasse; die von ihm abgegebene Erklärung sei nun so unzweideutig als möglich. Den Austritt aus der reformirten Kirchgemeinde Luzern zu erklären, habe er nicht nöthig gehabt, da er dieser Kirchgemeinde niemals angehört habe, sondern beim ersten Anlasse gegen seine Zuziehung zu derselben Widerspruch erhoben habe. Demgemäß sei es vollkommen klar, daß er nicht Angehöriger der reformirten Kirchgemeinde Luzern sei und mithin von derselben nicht besteuert werden dürfe. Es werde sonach beantragt:

1. Das Erkenntniß der Regierung von Luzern vom 16. Februar 1880 sei in dem Sinne aufzuheben, daß Oberst Merian-Iselin von der Steuerpflicht an die reformirte Kirchgemeinde von Luzern endgültig freizusprechen sei.

2. In diesem Sinne sei das Rekursbegehren der reformirten Kirchgemeinde abzuweisen.

3. Dieselbe sei in die Kosten zu verfällen und insbesondere zu einer Kostenentschädigung an den gegenwärtigen Opponenten zu verhalten.

F. In ihrer Replik sucht die reformirte Kirchgemeinde Luzern in eingehender Ausführung die Anbringen des Regierungsrathes von Luzern, sowie des Rekursgegners, zu widerlegen; insbesondere führt sie aus: Der Terminus Religionsgenossenschaft sei in Art. 49 Abs. 6 B.-V., wie sich aus der Entstehungsgeschichte und dem Zwecke dieser Verfassungsbestimmung ergebe, gleichbedeutend mit „Konfession." Diese Bestimmung bezwecke lediglich, zu verhindern, daß ein Bürger Steuern für Kultuszwecke einer Konfession bezahlen müsse, der er nicht angehöre. Die Frage sei also lediglich die, ob der Rekursgegner nicht der gleichen Konfession wie die übrigen Angehörigen der reformirten Kirchgemeinde Luzern angehöre. Nun sei aber doch nicht daran zu zweifeln, daß die Angehörigen der verschiedenen reformirten schweizerischen Landeskirchen der gleichen Konfession angehören, und daß auch die reformirte Kirchgemeinde Luzern diesem nämlichen konfessionellen Verbande angehöre, wie letzteres sich schon daraus ergebe, daß nach § 25 ihrer Gemeindeordnung der Pfarrer nur gewählt werden könne aus dem Kreise der reformirten Ministe-

rien der schweizerischen Kantone. Die Verschiedenheit der religiösen Richtungen innerhalb dieser Konfession bedinge keine Verschiedenheit der Konfession selbst; der reformerische Protestantismus sei keine andere Religion als der orthodoxe. Dies müsse, wie es in Basel und überall thatsächlich anerkannt sei, so auch in Luzern gelten. Wenn Rekursbeklagter sich endlich darauf berufe, daß er gar nicht aus der reformirten Kirchgemeinde Luzern auszutreten brauche, weil er derselben niemals beigetreten sei, so sei zu erwidern, daß ein spezieller Beitritt gar nicht nothwendig sei, da das Gesetz ihn als Protestanten der reformirten Kirchgemeinde inkorporire.

G. Während die Regierung von Luzern auf Einreichung einer Duplik verzichtete, machte dagegen Oberst Merian-Iselin in ausführlicher Erörterung duplicando wesentlich geltend: Religionsgenossenschaft und Konfession seien nicht identisch. Religionsgenossenschaft sei die äußerlich organisirte Verbindung mehrerer Individuen derselben Glaubensansicht. Eine Religionsgenossenschaft sei die römisch-katholische Kirche, welche in der Hierarchie ihre Organisation habe; eine Religionsgenossenschaft sei jede reformirte Landeskirche in einem schweizerischen Kantone, jede freie Gemeinde u. s. w. Dagegen bilden die verschiedenen reformirten Landeskirchen der schweizerischen Kantone keine einheitliche Religionsgenossenschaft, da es denselben an einer äußerlich erkennbaren gemeinsamen Organisation mangle. Uebrigens bestehe, positiv genommen, angesichts der Verschiedenheit der geltenden Bekenntnisse, auch keine allgemeine schweizerisch-protestantische Konfession. Rekursbeklagter speziell müsse erklären, daß er seinem Gewissen Zwang anthun müßte, wenn man ihn verhalten wollte, diejenige Konfession zu bekennen, welche gegenwärtig unter dem dort amtirenden Reformpfarrer in der reformirten Kirchgemeinde Luzern gelte. Das kantonale Gesetz betreffend Umschreibung der reformirten Kirchgemeinde Luzern endlich könne verständigerweise nicht den Sinn haben, daß jeder, der irgend einer der mehreren protestantischen Konfessionen angehöre, ipso jure Gemeindeangehöriger sei, sondern es könne sich nur auf diejenigen beziehen, welche sich zur Konfession der luzernischen Kirchgemeinde bekennen, worüber im Streitfalle nach den kon-

kreten Umständen zu entscheiden sei. Jedenfalls wäre eine weitergehende Gesetzesbestimmung bundesrechtlich unzulässig.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die evangelisch-reformirte Kirchgemeinde Luzern beschwert sich in ihrem Rekurse darüber, daß durch den angefochtenen Beschluß des Regierungsrathes des Kantons Luzern die Steuerberechtigung der Kirchgemeinde gegenüber dem Rekursbeklagten zu Unrecht nicht anerkannt worden sei, während dagegen der Rekursgegner, welcher adhäsionsweise ebenfalls den Rekurs ergriffen hat, sich darüber beschwert, daß er durch den fraglichen Beschluß nicht definitiv von der kirchlichen Steuerpflicht befreit worden sei.

2. Bei Beurtheilung dieses Rekursfalles ist nun vor Allem festzuhalten, daß das Bundesgericht gemäß Art. 113 der Bundesverfassung und Art. 59 litt. b des Gesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege lediglich befugt ist, die Frage zu prüfen, ob durch den angefochtenen Beschluß des Regierungsrathes des Kantons Luzern ein verfassungsmäßig gewährleistetes Recht der Rekurrentin und bezw. des Rekursgegners verletzt werde. Eine weiter gehende selbständige Kognition in Betreff der zwischen den Parteien bestrittenen Frage nach der kirchlichen Steuerpflicht des Rekursgegners und der für dieselbe entscheidenden Vorfrage betreffend die kirchliche Angehörigkeit desselben ist dem Bundesgerichte weder durch Verfassung noch durch Gesetz übertragen und steht daher demselben überall nicht zu.

3. Fragt es sich demgemäß in erster Linie, ob, mit Rücksicht auf die angebrachten Beschwerden, der angefochtene Beschluß des Regierungsrathes des Kantons Luzern ein verfassungsmäßiges Recht der Rekurrentin verletze, so ist diese Frage unbedingt zu verneinen. Denn:

a. Die Rekurrentin beruft sich in dieser Richtung zunächst auf Art. 49 Lemma 6 der Bundesverfassung, welches durch den angefochtenen Beschluß unrichtig angewendet worden sei. Allein hiegegen ist zu bemerken: Wenn Art. 49 Lemma 6 cit. den Grundsatz aufstellt, daß Niemand zu Bezahlung spezieller Kultussteuern für eine Religionsgenossenschaft, der er nicht angehöre, angehalten werden könne, so ist damit offenbar lediglich eine aus dem Prinzipe der Glaubens- und Gewissensfreiheit abgeleitete

Gewährleistung zu Gunsten des einzelnen Bürgers ausgesprochen, dagegen ist darin keineswegs eine Garantie zu Gunsten der Religionsgenossenschaften enthalten, wonach den letztern das Besteuerungsrecht gegenüber ihren Angehörigen verfassungsmäßig gewährleistet würde. Die Bundesverfassung setzt nur die Schranke fest, welche dem Besteuerungsrecht der Religionsgenossenschaften, sofern ein solches besteht, im Interesse der Glaubens- und Gewissensfreiheit prinzipiell gezogen ist. Dagegen verleiht oder gewährleistet sie ihrerseits keiner Religionsgenossenschaft ein derartiges Recht, wie überhaupt bundesrechtlich keiner Religionsgenossenschaft eine besondere staatliche Anerkennung oder bevorzugte staatsrechtliche Stellung gewährt ist, sondern lediglich die Gewissens-, Kultus- und Vereinsfreiheit (Art. 49, 50 Abs. 1 und 56) als Grundrechte der Bürger garantirt sind. Innerhalb der bundesrechtlichen Schranken ist es vielmehr nach Art. 3 der Bundesverfassung den Kantonen anheimgegeben, die rechtliche Stellung der verschiedenen Religionsgenossenschaften zu ordnen, insbesondere festzustellen, ob und inwieweit einzelne Religionsgenossenschaften als Korporationen des öffentlichen Rechtes anerkannt und mit öffentlich rechtlichen Befugnissen, wie dem Rechte der Steuererhebung u. dergl., ausgestattet werden sollen. Demgemäß kann vorliegend selbstverständlich von Verletzung eines der Rekurrentin durch Art. 49 Abs. 1 der Bundesverfassung gewährleisteten Rechtes keine Rede sein.

b. Inwiefern sodann, wie Rekurrentin ebenfalls behauptet, durch die angefochtene Verfügung des Regierungsrathes des Kantons Luzern der Art. 91 der luzernischen Kantonalverfassung, welcher bestimmt, daß die Kirchgemeinden der Inbegriff der im Pfarrsprengel wohnhaften stimmfähigen, in anerkannte Genossenschaften organisirten Einwohner der gleichen Konfession seien, verletzt sein soll, ist schon deßhalb nicht einzusehen, weil die angefochtene Verfügung über die Zugehörigkeit des Rekursgegners zur Kirchgemeinde sachlich gar nicht entscheidet.

4. Erscheint somit der Rekurs der evangelisch-reformirten Kirchgemeinde Luzern als unbegründet, so kann dagegen auch die adhäsionsweise eingelegte Beschwerde des Rekursgegners nicht gutgeheißen werden. Abgesehen nämlich von der Frage, ob diese

Beschwerde überhaupt als statthaft betrachtet werden könne und nicht vielmehr, weil nicht innert der sechzigtägigen Rekursfrist des Art. 59 des Bundesgesetzes über Organisation der Bundesrechtspflege eingereicht, als verspätet zurückgewiesen werden müsse, ist durch den Beschluß des Regierungsrathes des Kantons Luzern der Rekursgegner keinenfalls in einem verfassungsmäßig ihm gewährleisteten Rechte verletzt worden, da er durch denselben überhaupt nicht zur Zahlung einer Kultussteuer verurtheilt worden ist.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Rekursbegehren beider Parteien werden als unbegründet abgewiesen.

---

86. *Arrêt du 27 Novembre 1880 dans la cause Berger-Delley.*

G. Berger-Delley, avocat à Berne a acheté de la Société Zürcher et Cie, par acte d'acquis du 13 Novembre 1877, enregistré le 1er Décembre suivant, la tourbière de Rosé, située sur le territoire de la commune d'Avry sur Matran (Fribourg). Cette mutation fut en outre mentionnée au cadastre dans le courant du dit mois de Décembre.

Dès 1873, le gouvernement de Fribourg avait autorisé la paroisse de Matran, composée des communes d'Avry et de Matran, à lever sur les immeubles et les capitaux un impôt destiné à couvrir ses dépenses courantes et à amortir ses dettes.

Il fut dressé à cet effet un registre des contribuables, sur lequel la Société Zürcher et Cie fut inscrite pour un impôt annuel de 22 fr. 77 c., afférent à la prédite tourbière de Rosé. Il résulte des déclarations du Conseil paroissial de Matran, que la liste de perception de cet impôt pour 1876 a été remise au boursier le 24 Novembre de la même année, et que celle de 1877 a été dressée le 7 Août 1877.

Zürcher et Cie, après avoir vendu leur tourbière à Berger-Delley, n'acquittèrent pas l'impôt pour ces deux années. Par mandat notifié le 26 Octobre 1878 à Jacob Scheuri, représentant de Zürcher et Cie, à Avry sur Matran, la paroisse de Matran somme la dite Société de lui acquitter le montant de 45 fr. 54 cent. dû pour les dits impôts de 1876 et 1877, et, à ce défaut, de comparaître à l'audience du Juge de Paix de Prez le 4 Novembre 1878, pour y voir ordonner une saisie conformément à l'art. 104 de la loi du 27 Septembre 1848 concernant l'impôt sur les fortunes.

Zürcher et Cie ayant fait défaut à la dite audience, le Juge de Paix a prononcé en faveur de la paroisse de Matran l'expropriation des biens des intimés.

Par affiche au pilier public datée du 19 Février 1879, l'huissier préposé aux poursuites juridiques dans la commune d'Avry annonce qu'ensuite de l'expropriation susmentionnée, et pour parvenir au payement des 45 fr. 54 dus par Zürcher et Cie, il vendra en mise publique, le 27 dit, dans les hangars de Rosé, de la tourbe jusqu'à concurrence de cette somme et des frais.

Personne ne s'étant présenté à la mise, aucune adjudication ne put toutefois intervenir.

C'est contre ces procédés que G. Berger-Delley a recouru au Tribunal fédéral. Il conclut à l'annulation de la sentence du Juge de Paix et de la saisie qui en a été la suite. Il fait valoir, à l'appui de son recours, les motifs ci-après :

Le recourant a transféré le 1er Septembre 1878 son domicile de Guin à Berne; il a annoncé ce transfert dans la *Feuille des avis officiels* du canton de Fribourg. Il avait dès lors le droit d'être avisé de la saisie de sa propriété, et d'être entendu à ce sujet; cela n'ayant pas eu lieu, la saisie pratiquée à son préjudice apparaît comme une spoliation et implique une violation flagrante de l'art. 59 de la Constitution fédérale.

En outre l'impôt réclamé par la paroisse de Matran ne saurait subsister en présence de l'art. 49 alinéa 6 de la même Constitution, statuant que nul n'est tenu de payer des impôts

dont le produit est spécialement affecté aux frais proprement dits du culte d'une communauté religieuse à laquelle il n'appartient pas.

Dans sa Réponse, le Conseil paroissial de Matran conclut au rejet du recours, par les considérations suivantes :

L'opposition de Berger-Delley ne s'explique pas, attendu qu'on ne lui a jamais rien demandé personnellement. M. Zürcher a eu connaissance de la poursuite dirigée contre lui, il n'a pas opposé dans le délai légal. La lettre par laquelle il avise le Juge de Paix de Prez qu'il a vendu la tourbière de Rosé à Berger-Delley n'est arrivée en mains de ce magistrat qu'après la date fixée pour la comparution des parties, soit après le 4 Novembre 1878. La poursuite remplissait dès lors toutes les conditions voulues par la loi.

Il n'existe pas de violation de l'art. 49 de la Constitution fédérale. En 1842 déjà, la paroisse avait dû emprunter à divers particuliers dans le but de supporter les charges qui lui incombaient selon la législation de cette époque. Ses déficits allant croissant, elle fut autorisée en 1873 à lever un impôt pour couvrir ses dépenses courantes et *amortir ses dettes*. Ces conditions ont été remplies et le recourant ne peut prétendre qu'il soit astreint à un impôt affecté aux frais du culte de « la communauté catholique. » Berger, bien que protestant, ne saurait se refuser à contribuer aux frais généraux d'administration paroissiale.

Dans leur Réplique et Duplique, les parties reprennent avec quelques nouveaux développements leurs conclusions respectives.

Afin d'être renseigné officiellement sur la nature de l'impôt, objet du litige, le Juge fédéral délégué à l'instruction a fait porter son examen sur les registres et comptes de la paroisse de Matran, pour les exercices de 1876, 1877 et 1878. Il en est résulté que l'impôt en question sert à couvrir entre autres les dépenses suivantes :

I. *Service de la dette-intérêts.*

En 1876		Fr. 435 70

II. *Traitements :*

Marguillier	Fr. 186 —	
Officier d'état-civil	101 —	
Donneur de pain bénit	10 —	
Directeur du rosaire, boursier et membres du Conseil	185 75	482 75
Frais de bureau		25 25

III. *Frais de culte :*

Horloge et cimetière	21 35	
Blanchissage de linge d'église, remontage d'une bannière, rideaux d'église, cierges, fleurs d'autel	308 45	329 80

IV. *Entretien des bâtiments de cure de l'église*	267 31
En 1877 : Intérêts de la dette	435 70
Traitements	438 40
Frais de bureau	22 75
Frais de culte	221 00
Entretien des bâtiments	406 65
En 1878 : Intérêts de la dette	183 20
Traitements	424 60
Frais de culte	254 45
Entretien des bâtiments (dont 1450 fr. pour l'église)	1800 10

Il est en outre constant que la dette de 1200 francs en faveur de la commune de Matran, mentionnée au procès-verbal de la séance du Conseil d'Etat du 21 Octobre 1876, n'était pas amortie à la fin de dite année 1878.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

1° Il résulte des pièces du dossier que le jugement d'expropriation rendu au préjudice de Zürcher et Cie est daté du 4 Novembre 1878, et que l'exécution de la saisie, objet du

recours, a eu lieu par voie d'enchères publiques le 27 Février 1879, soit plus d'une année après l'acquisition de la tourbière de Rosé par Berger-Delley. Celui-ci, comme propriétaire de la tourbe saisie, apparaît dès lors comme recevable à recourir contre les actes commis à son préjudice, dont il n'a reçu aucune communication directe.

2° Examinant d'abord le second moyen proposé, tiré de la violation de l'art. 49 de la Constitution fédérale :

L'alinéa 6 de cet article porte que « nul n'est tenu de payer » des impôts dont le produit est spécialement affecté aux frais » proprement dits du culte d'une communauté religieuse à » laquelle il n'appartient pas. » Le Tribunal fédéral a toujours estimé que cette disposition doit recevoir actuellement son application, et que son entrée en vigueur ne saurait être rendue dépendante de la promulgation de la loi fédérale prévue au même alinéa. (Voir arrêts du Tribunal féd. en les causes : Protestants de Promasens, Rec. I, pag. 80 et suiv. Etter et consorts contre Fribourg, Rec. III, 192 et suiv.)

La seule question à résoudre dans l'espèce est donc celle de savoir si l'impôt réclamé au recourant par le Conseil paroissial de Matran se caractérise comme rentrant dans la catégorie de ceux prévus dans le texte ci-haut reproduit.

Cette question doit recevoir une solution affirmative. Non seulement cet impôt est perçu par une communauté religieuse composée, aux termes de l'art. 212 de la loi fribourgeoise du 7 Mai 1864, exclusivement des citoyens actifs professant la religion catholique et domiciliés dans les communes constituant la dite paroisse, mais il ressort des indications fournies par les comptes paroissiaux que la plus grande partie du produit de cet impôt est affecté aux frais du culte catholique à Matran. C'est ainsi qu'on voit figurer, au nombre des dépenses que cette contribution est destinée à couvrir, les traitements du marguillier, du donneur de pain bénit, du directeur du rosaire et des membres du Conseil paroissial, tous fonctionnaires préposés à l'exercice du culte. On y remarque en outre nombre d'articles — tels que blanchissage de linge d'église, réparation de bannière, achat de cierges, de rideaux d'église et de fleurs

d'autel — dont la destination spéciale au culte catholique ne saurait être contestée.

Il en est de même des sommes relativement considérables consacrées, surtout en 1878, à la réparation ou à l'entretien de l'église et du presbytère. Le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de reconnaître, dans son arrêt sur le recours déjà cité des protestants de Promasens, qu'un impôt affecté à la construction et à l'entretien des bâtiments servant au culte rentre dans ceux prévus à l'art. 49 al. 6 de la Const. féd., lorsqu'il est démontré que ces bâtiments se trouvent être la propriété d'une communauté religieuse et servent exclusivement à des buts religieux. Or il est établi que les bâtiments dont il s'agit appartiennent à la paroisse catholique de Matran, laquelle les emploie uniquement pour les besoins de son culte.

3° La circonstance qu'une partie des dépenses paroissiales, au payement desquelles le produit de l'impôt dont il s'agit est affecté, ne reçoit pas une destination semblable ne saurait enlever au dit impôt, pris dans son ensemble, le caractère d'une contribution perçue en vue de subvenir aux besoins du culte d'une confession.

Si certaines rubriques de ces dépenses, telles que le traitement de l'officier de l'état-civil, la construction et la réparation de l'horloge et du cimetière, en tant que celui-ci profite à tous les habitants de la paroisse, les sommes affectées au service de dettes ayant une origine étrangère aux besoins du culte, etc., ne peuvent être considérées comme tombant sous le coup de l'art. 49 alinéa 6, il sera toujours loisible à la paroisse de réclamer du recourant, soit du fonds soumis à l'impôt, la quote afférente aux rubriques de dépense ne rentrant pas dans les frais du culte.

L'impôt réclamé de Berger-Delley, protestant, devant donc être envisagé comme spécialement affecté, au moins dans sa majeure partie, aux frais proprement dits du culte d'une communauté à laquelle ni le recourant, ni ses vendeurs Zürcher et Cie n'appartiennent, il s'ensuit que le Conseil paroissial de Matran n'était point fondé à en exiger le payement dans les circonstances de la cause.

4° Le recours devant être accueilli de ce chef, il n'y a pas lieu de statuer sur le premier moyen, tiré de la violation de l'art. 59 de la Constitution fédérale.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est fondé. En conséquence la sentence rendue par le Juge de Paix de Prez le 4 Novembre 1878, ainsi que la saisie-exécution à laquelle elle a donné lieu, sont déclarées nulles et de nul effet.

IV. Pressfreiheit. — Liberté de la presse.

87. *Arrêt du 22 Octobre 1880 dans la cause Bertrand.*

Dans le courant de Mars 1876, le journal valaisan *le Confédéré* a publié une série d'articles appréciant les communications faites par le Conseil d'Etat au Grand Conseil du Canton du Valais relativement à l'emprunt contracté au nom de cet Etat avec la maison J. Vidal et Comp. de Paris, le 31 Décembre 1875. Ces articles cherchent à établir que les renseignements donnés par le Conseil d'Etat à l'autorité législative au sujet du dit emprunt étaient présentés d'une manière propre à donner le change sur les conditions de l'opération et la véritable portée des engagements consentis par l'emprunteur.

Un de ces articles, publié le 26 Mars 1876, après avoir exposé, sous 23 chiffres consécutifs, les faits concernant l'emprunt en question, se termine comme suit :

« Conclusion.

» 1° Qu'étant prouvé sous les chiffres 2, 3, 8, 11
» et 23 que la somme empruntée est bien de fr. 4,045,185
» au lieu de celle déclarée officiellement (chiffres
» 11, 21, 23),..... 3,500,000
» il y a une différence de..... fr. 545,185

» 2° Que par conséquent il manque à l'emploi
» (chiff. 14, 20) la justification d'une somme de fr. 605,000
» 3° Qu'il ressort clairement par les affirmations
(chiff. 11, 21 et 5) que l'annuité est bien de.. fr. 237,700
» 4° Que cette annuité de 237,700 francs qui se rapporte
» à la dette contractée de 4,338,000 fr. prouve que c'est bien
» 4,045,185 fr. qui ont été empruntés et non 3,500,000,
» puisque ce chiffre ne correspond plus à l'annuité à servir.
» 5° Qu'il découle du chiffre 9 que le taux est du 6,11 %,
» déduction faite de la commission, mais non de 7,07 %
» (chiff. 12 et 21).
» 6° Qu'il y a contradiction entre la somme réellement
» reçue et la commission payée (chiff. 8 et 14).
» 7° Que ce n'est pas 40,000 fr. (chiff. 20), mais bien
» 605,000 fr. qui doivent rester disponibles.
» 8° Que le chiffre de 3,500,000 fr. donné officiellement
» (chiff. 11, 21, 23) ne repose sur aucune base et qu'il
» semble de là être imaginaire ou fictif.
» 9° Que si l'emprunt était de 3,500,000 fr., l'annuité à
» payer ne serait plus que de 205,600 fr. et non de 237,700 fr.

» On demande :

» Que puisqu'il y a dans la tractation de l'emprunt, à partir
» dès la souscription jusqu'à l'emploi des capitaux, des ma-
» nœuvres incompréhensibles se détruisant et se contredisant
» souvent par les chiffres et autres pièces donnés officielle-
» ment, qui pourraient jeter du louche sur les agissements
» de notre Pouvoir exécutif, et, qui plus est, pourraient faire
» supposer un détournement de 605,000 fr. au détriment de
» la fortune publique, il est indispensable que le Conseil
» d'Etat du Valais vienne par une explication franche, pleine
» et entière mettre fin aux suppositions de toutes espèces
» qu'un plus long silence pourrait faire naître dans le
» public. »

Par lettre du 25 Avril 1876 à la Rédaction du *Confédéré*, la chancellerie d'Etat du Valais, après avoir combattu les appréciations de l'article qui précède, somme la dite rédaction

« de déclarer formellement si elle maintient ou si elle retire » l'insinuation calomnieuse contenue dans le numéro du 26 » Mars. »

La rétractation demandée n'ayant pas eu lieu, le Conseil d'Etat, dans sa séance du 12 Mai 1876, a décidé de poursuivre l'auteur de l'article prémentionné, et a désigné à cet effet un avocat pour intenter une action correctionnelle.

Une plainte pour diffamation fut en effet portée le 26 dit contre le journal *le Confédéré*, devant le Président du Tribunal correctionnel du district de Sion ; cette plainte signale, comme constitutifs du délit de diffamation et de calomnie à l'adresse des pouvoirs publics du Canton, l'article du 26 Mars 1876, ci-haut reproduit, surtout la « demande » qui le termine, et celui du 30 Avril même année, refusant la rétractation demandée.

Une enquête ayant été ouverte, Ernest Bertrand, ingénieur à Saint-Maurice, se reconnut l'auteur de l'article incriminé, et, tout en maintenant l'exactitude de ses affirmations et de ses chiffres, réclama la production à titre de renseignement, de la pièce capitale dans le débat, à savoir de la convention passée entre l'Etat du Valais et la maison Vidal, touchant l'emprunt dont il s'agit.

Par décision du 5 Septembre 1876, la Commission d'enquête du Tribunal correctionnel de Sion a invité l'Etat du Valais à faire le dépôt au greffe du dit contrat.

Ce contrat stipule les clauses principales suivantes :

1° L'Etat du Valais créera 4338 obligations de 1000 fr. chacune, remboursables au pair en 50 années suivant un tableau d'amortissement annexé à la convention, les obligations à rembourser chaque année étant désignées par la voie du sort. Ces obligations, jouissance du 15 Janvier 1876, seront productives d'intérêt à 5 % l'an, payable par semestre.

2° L'Etat du Valais cède à MM. Vidal et Cie les 4338 obligations indiquées ci-dessus pour la somme de trois millions cinq cent mille francs, payables en cinq rates, le dernier échéant le 25 Décembre 1876. Ces titres seront livrés à

MM. Vidal et Cie au fur et à mesure des payements, chaque obligation étant calculée sur le pied de 807 fr., jouissance du 15 Janvier.

3° MM. Vidal et Cie sont autorisés à émettre par voie de souscription publique, à tel prix et conditions que bon leur semblera, les 4338 obligations à eux cédées.

Tous les frais de création et de timbre des titres seront à la charge de l'Etat du Valais. En outre, et à titre de commission et d'indemnité pour les frais d'émission, l'Etat du Valais abandonne à MM. Vidal et Cie une somme de trois pour cent du montant de l'emprunt, soit cent cinq mille francs, somme qui sera retenue par MM. Vidal et Cie au fur et à mesure des versements effectués de l'emprunt.

Connaissance ayant été prise par Bertrand de la dite convention, le Juge d'Instruction, à son audience du 11 Décembre 1876, l'invite à déclarer s'il persiste dans les accusations formulées contre les pouvoirs publics dans la correspondance incriminée. Répondant à cette question, Bertrand estime que le message du Conseil d'Etat et les explications données au Grand Conseil étaient en contradiction avec le programme d'émission, et que même ce message du Conseil d'Etat se contredit très souvent; qu'il est certain, pour lui Bertrand, que les justifications données par la chancellerie d'Etat cherchaient à tromper le public, en lui cachant la position financière de l'emprunt. Bertrand déclare enfin que « dans l'état où les choses étaient au moment où il écrivait, » il n'aurait rien à changer aujourd'hui aux articles incri- » minés. »

Dans sa séance du 14 Juillet 1877, et sur réquisition de Bertrand, la commission d'instruction chargée de l'enquête a désigné, après avoir entendu les parties, deux experts, MM. Bovet, Directeur-adjoint des Postes fédérales à Genève, et Raoul de Riedmatten, banquier à Sion, aux fins de vérifier les calculs et les appréciations contenues dans les articles incriminés, en les comparant avec les données officielles contenues dans les programmes d'émission de l'emprunt Vidal, ainsi que dans le message du Conseil d'Etat au Grand Conseil; de

comparer enfin ces documents avec les réfutations données par la chancellerie cantonale du Valais.

Dans leur rapport, daté de Genève le 25 Avril 1878, les experts constatent en résumé ce qui suit :

Les chiffres présentés par Bertrand ne sont pas conformes aux conditions réelles de l'emprunt dont il s'agit, mais ils sont conformes aux seules pièces officielles rendues publiques à l'époque où il écrivait, et sur lesquelles seules, par conséquent, il pouvait baser son argumentation. Les experts ne sauraient faire un reproche à Bertrand — les prospectus ne les mentionnant pas — d'avoir ignoré que l'émission publique était faite par le compte des concessionnaires de l'emprnnt ; le contrat passé avec la maison Vidal eût seul pu expliquer ce fait, et Bertrand ne l'avait pas entre les mains.

La chancellerie d'Etat, dans aucune de ses deux réponses, n'aborde la question posée et ne présente l'emprunt sous son véritable caractère; il n'y a pas lieu dès lors de s'étonner de ce que Bertrand ne s'en soit pas déclaré satisfait.

Les experts arrivent, enfin, aux conclusions :

1° Les appréciations de Bertrand et ses calculs, en tenant compte des renseignements qu'il possédait au moment où il les a émis, sont justes et inattaquables au fond.

2° Elles ne présentent à leurs yeux aucun caractère de diffamation et se renferment dans les limites permises aux critiques de la presse.

Statuant le 17 Février 1880, le Tribunal correctionnel de Sion a acquitté Bertrand comme prévenu du délit de diffamation ou d'injure, tout en le condamnant aux frais.

Les deux parties ayant appelé de ce jugement, la Cour d'Appel du Valais, réformant la sentence des premiers juges, a, par arrêt du 8 Juin écoulé, condamné E. Bertrand à cinquante francs d'amende, aux frais de la procédure et à la publication du jugement.

Cet arrêt s'appuie entre autres sur les considérants suivants :

L'article incriminé était de nature à faire croire, comme suffisamment prouvée, l'existence d'un détournement de 605,000 fr. Malgré la production du contrat Vidal et les expli-

cations données, qui ont dû convaincre Bertrand que ce détournement n'existait pas, celui-ci ne s'est pas déclaré satisfait; au lieu de reconnaître que ses suppositions n'étaient pas fondées, il en a au contraire aggravé le caractère en déclarant en séance du 11 Décembre 1876, qu'il était certain pour lui que les justifications données par la chancellerie d'Etat cherchaient à tromper le public, en lui cachant la position financière de l'emprunt. Cette déclaration fait ressortir l'esprit dans lequel a été rédigé l'article incriminé, qui revêt ainsi le caractère du délit d'outrage envers l'autorité.

Bertrand n'ayant pas répondu catégoriquement à la question de savoir s'il persistait dans les accusations formulées contre les pouvoirs publics dans la correspondance incriminée, il est de toute justice que le public, qui a eu connaissance de l'accusation, ait aussi connaissance que les faits de détournement et de manœuvres frauduleuses n'existent pas.

C'est contre cet arrêt que Bertrand recourt au Tribunal fédéral; il conclut à ce qu'il lui plaise casser le dit jugement comme contraire à l'art. 55 de la Constitution fédérale et mettre les frais, tant du présent recours que de la procédure en Valais, à la charge des membres du Conseil d'Etat.

A l'appui de ces conclusions le recourant allègue :

Si l'article incriminé avait accusé le Conseil d'Etat de s'être approprié les 605,000 fr. en question, une rétractation eût été nécessaire, le contrat Vidal ayant appris à Bertrand que cette somme faisait partie du bénéfice du banquier. Mais l'accusé n'a rien affirmé de semblable; il s'est borné à demander des explications qu'il était en droit de réclamer.

Bertrand a reproché au gouvernement du Valais de s'être livré dans la tractation de l'emprunt à des procédés incompréhensibles se détruisant et se contredisant souvent par les chiffres et autres pièces données officiellement. Cette imputation n'est point de nature à porter atteinte à l'honneur et à la considération du gouvernement. Mais à supposer même que cette imputation constituât un outrage, l'art. 123 du Code pénal valaisan mettrait le recourant à l'abri de toute peine; il réserve en effet en faveur de l'accusé le droit de prouver

la vérité de ses imputations ; or la preuve des contradictions reprochées au Conseil d'Etat résulte avec évidence des faits de la cause.

Dans sa réponse, l'Etat du Valais conclut au rejet du recours. Il est faux de dire que le Conseil d'Etat n'a pas soumis au pouvoir législatif le dossier complet de l'affaire, et que par conséquent l'approbation donnée par le Grand Conseil à l'emprunt n'aurait pas eu lieu en connaissance de cause. Bertrand ne concluant qu'à la cassation, et non à la réforme du jugement de la Cour d'Appel, il ne saurait être admis à prendre aucune conclusion contre les membres du Conseil d'Etat. A supposer que le recours fût déclaré fondé, Bertrand ne pourrait prendre de conclusion contre le gouvernement qu'en demandant la réforme du jugement conformément à l'art. 29 de la loi sur l'organisation judiciaire fédérale. Mais dans ce cas son recours serait tardif, puisqu'il n'a pas été interjeté dans les 20 jours, comme le veut l'art. 30 de la dite loi.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

1° La compétence du Tribunal fédéral pour entrer en matière sur le recours ne saurait être déniée.

L'art. 59 de la loi sur l'organisation judiciaire fédérale place au nombre de ses attributions en matière de droit public la connaissance des recours concernant la violation des droits qui sont garantis aux citoyens soit par la Constitution, soit par la législation fédérales, soit par la Constitution de leurs cantons.

Or l'art. 55 de la Constitution fédérale ainsi que l'art. 8 de la Constitution du Canton du Valais proclament la liberté de la presse, et le recourant E. Bertrand estime que cette garantie a été méconnue à son préjudice dans l'espèce.

Ainsi que l'ont décidé plusieurs arrêts antérieurs (voir arrêts du Tribunal fédéral en les causes Stucky, 3 Juin 1876, Rec. off. II, 196 ; Soldini et Veladini, 19 Déc. 1879; Simen et Mariotta, 18 Juin 1880, Rec. VI, pag. 163 et suiv.), il est du droit et en même temps du devoir du Tribunal fédéral d'examiner si les jugements cantonaux dont est recours ont été rendus en conformité des lois cantonales destinées à réprimer les abus commis par la voie de la presse, et d'annuler, cas

échéant, les dits jugements, si, par une fausse application de la loi, il a été porté atteinte à la garantie inscrite dans la Constitution.

Le canton du Valais ne possédant pas de loi spéciale sur la presse, ce sont les dispositions du Code pénal qui doivent être appliquées au cas actuel.

2° La Cour d'Appel du Valais, dans son arrêt du 8 Juin 1880, bien qu'elle ne cite aucun article de ce Code, vise évidemment son art. 122, réprimant les outrages à l'adresse d'autorités ou de fonctionnaires publics, dans l'exercice ou à raison de leurs fonctions. Le dit arrêt se borne à affirmer dans ses considérants que « l'article incriminé était de nature » à faire croire, comme suffisamment prouvée, l'existence d'un » détournement de 605,000 fr., et que la déclaration faite par » le prévenu Bertrand, en séance du 11 Déc. 1876, fait res- » sortir l'esprit dans lequel a été rédigé l'article incriminé, qui » revêt ainsi le caractère du délit d'outrage envers l'autorité. »

C'est donc en donnant à cette déclaration une importance capitale en la cause que le Juge d'Appel arrive à qualifier de délictueuse l'intention de l'auteur de la publication faite dans le N° 25 du *Confédéré* le 26 Mars 1876 et constate que cette publication constitue un abus de la liberté de la presse et le délit d'outrage envers l'autorité.

Une pareille appréciation est inadmissible. La déclaration de Bertrand, au procès-verbal de l'enquête séance du 11 Décembre 1876, peut faire l'objet d'une poursuite pénale, si les autorités valaisannes estiment qu'elle revêt le caractère d'un nouveau délit d'outrage envers l'autorité, et ce droit doit leur être expressément réservé en conformité des lois de ce canton ; mais cette déclaration ne saurait être utilisée pour constituer et caractériser un *délit commis par la voie de la presse* plus de huit mois auparavant, délit qui seul a fait l'objet de la plainte du Conseil d'Etat du 12 Mai 1876 et qui doit rester indépendant des nouvelles imputations dirigées contre la chancellerie d'Etat.

Admettre une semblable confusion entre deux faits parfaitement distincts, c'est priver le prévenu des garanties que la

loi pénale lui accorde de n'être responsable que de la publication qui a donné lieu à la plainte et à la poursuite devant les magistrats compétents, et de n'être jugé que sur les allégations de cette publication, sans qu'il puisse être fait appel à une interprétation extensive basée sur des faits nouveaux.

3° Les passages incriminés de la correspondance insérée dans le N° 25 du *Confédéré* doivent donc être examinés tels qu'ils ont été rédigés et publiés en Mars 1876.

Le rédacteur se livre à des calculs et à des appréciations basés sur les documents et renseignements officiels qui *seuls* étaient alors à sa disposition; il relève des contradictions et des omissions; il s'étonne de la discordance entre les chiffres donnés par la décision du Grand Conseil et le message du Conseil d'Etat, et ceux qui résultaient de la publication avec une apparence officielle pour la souscription publique aux titres de l'emprunt, et il conclut par la *demande* que « puis-
» qu'il y a dans la tractation de l'emprunt, à partir de la
» souscription jusqu'à l'emploi des capitaux des manœuvres
» incompréhensibles, se détruisant et se contredisant souvent
» par des chiffres et autres pièces données officiellement, qui
» pourraient jeter du louche sur les agissements du pouvoir
» exécutif, et qui plus est pourraient faire supposer un dé-
» tournement de 605,000 fr. au détriment de la fortune pu-
» blique, il est indispensable que le Conseil d'Etat du Valais
» vienne par une explication franche, pleine et entière, mettre
» fin aux suppositions de toute espèce qu'un plus long silence
» pourrait faire naître dans le public. »

Une pareille demande ne peut être qualifiée d'abus de la liberté de la presse et constituer le délit d'outrage envers l'autorité.

Le Tribunal d'Appel, en admettant l'existence de ce délit, a méconnu la demande formulée par Bertrand et porté atteinte par une fausse application de la loi pénale à la liberté de la presse garantie par les Constitutions cantonale et fédérale.

Bertrand n'a point accusé les autorités valaisannes d'avoir commis un détournement au préjudice de la fortune publique; il peut avoir fait des calculs erronés et des suppositions dé-

placées, mais, ainsi que le constate le rapport des experts commis par l'office instructeur, il était, au moment où cet article fut écrit, impossible au public, avec les éléments d'information mis à sa disposition, de se rendre compte de la différence entre le capital réellement emprunté ascendant à 4338 obligations de 1000 fr, à 5 %. remboursables au pair en cinquante années par annuités comprenant à la fois l'intérêt et l'amortissement, et le produit réel de l'émission de ces titres porté à 3,500,000 fr.

Les mêmes experts ajoutent que « la Chancellerie d'Etat a » répondu deux fois à M. Bertrand d'une façon évasive et peu » claire : elle n'aborde pas la question posée et ne présente » pas l'emprunt contracté sous son véritable caractère. »

C'est seulement au moment où le contrat Vidal a été connu et publié qu'il a été de toute évidence que les titres émis étant cédés ferme au banquier soumissionnaire au cours de 807 francs par 1000 francs, il ne pouvait plus subsister aucun doute sur la régularité de la négociation faite au nom du Canton du Valais, laquelle peut avoir été onéreuse, si elle est jugée d'après les circonstances actuelles du marché financier, mais qui ne peut et ne doit être appréciée que d'après la situation faite à l'emprunteur au mois de Décembre 1875.

En provoquant en Mars 1876 des explications pleines et entières rendues nécessaires par les chiffres indiqués dans le prospectus de la souscription publique lancé par la maison Vidal, en demandant ces explications pour mettre fin aux suppositions qu'un plus long silence pourrait faire naître, E. Bertrand a usé du droit qu'a tout citoyen dans une république de discuter les actes des autorités constituées. (Grand Conseil et Conseil d'Etat.)

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Le jugement rendu par la Cour d'Appel du Canton du Valais, le 8 Juin 1880, condamnant l'ingénieur E. Bertrand pour outrage à l'autorité, est déclaré nul et de nul effet.

V. Verfassungsmässiger Gerichtsstand. Unzulässigkeit von Ausnahmegerichten.

For naturel. Inadmissibilité de tribunaux exceptionnels.

88. Urtheil vom 4. Dezember 1880 in Sachen Bollag.

A. Durch Urtheil vom 14. April 1880 erkannte das Bezirksgericht von Zurzach:

1. Es habe sich Isidor Bollag von Oberendingen der Prellerei zum Nachtheil von J. M. Teufel, Schuster in Tuttlingen, und Johann Huber, Halbtuchfabrikanten daselbst, schuldig gemacht.

2. Isidor Bollag erhalte dafür eine korrektionelle Zuchthausstrafe von 8 Monaten, habe dem Schuster Teufel Schadensersatz im Betrage von 1794 Fr., dem Halbtuchfabrikanten Huber Schadensersatz im Betrage von 559 Fr. und dem Heinrich Storz Schadensersatz im Betrage von 607 Fr. zu leisten,

u. s. w.

Die gegen dieses Urtheil seitens des Isidor Bollag wegen offenbarer Gesetzesverletzung eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde wurde vom Obergerichte des Kantons Aargau durch Entscheidung vom 31. August 1880 verworfen.

B. Gegen letztere Entscheidung ergriff nunmehr Isidor Bollag den Rekurs an das Bundesgericht. In seiner Rekurseingabe stellt er den Antrag: Das in Sachen erlassene obergerichtliche Urtheil vom 31. August 1880 sei als ein verfassungswidriges zu kassiren unter Kostenfolge und machte zur Begründung wesentlich geltend: Das dem Rekurrenten zur Last gelegte Vergehen der Prellerei solle dadurch begangen worden sein, daß er bei verschiedenen Fabrikanten in Tuttlingen, Königreichs Würtemberg, unter falschen Vorspiegelungen über seine Zahlungsfähigkeit oder wenigstens im Bewußtsein seiner Zahlungsunfähigkeit Waaren bestellt, dieselben bezogen und veräußert, dagegen den Kaufpreis niemals bezahlt habe. Nun sei dies Vergehen, wenn überhaupt,

jedenfalls in Tuttlingen und nicht im Kanton Aargau begangen worden, da er die fraglichen Einkäufe persönlich gemacht habe; im Fernern habe er vor seiner Verhaftung nicht in seinem Heimatsorte Oberendingen, sondern in Zürich, vorübergehend auch in Burgdorf sein Domizil gehabt. Demnach sei das Bezirksgericht Zurzach zu Aburtheilung des fraglichen Straffalles gar nicht kompetent gewesen. Denn nach § 27 des aargauischen Zuchtpolizeigesetzes sei der gesetzlich zuständige Richter in Zuchtpolizeifällen derjenige des Ortes der Begehung des Deliktes, wovon nach § 29 ibid. nur dann eine Ausnahme gelte, wenn ein Kantonseinwohner in einem andern Staatsgebiete ein Vergehen begangen und sich dort der strafrechtlichen Verfolgung entzogen habe, in welchem Falle derselbe beim Richter seines Wohnortes belangt werden könne. Nun sei er weder im Kanton Aargau domizilirt gewesen, noch habe er sich der strafrechtlichen Verfolgung in Tuttlingen entzogen, so daß das Bezirksgericht Zurzach zu seiner Aburtheilung nach der aargauischen Gesetzgebung nicht kompetent gewesen sei, jedenfalls auf so lange nicht, als die Beschädigten nicht nachgewiesen haben, daß sie gegen ihn am Orte der Begehung des Deliktes vergeblich geklagt haben. In Betracht komme auch, daß nach dem Auslieferungsvertrage zwischen dem deutschen Reiche und der Schweiz vom 24. Januar 1874 (Art. 2) die aargauischen Gerichte jedenfalls nicht befugt gewesen seien, die zur Feststellung des Thatbestandes dienlichen Erhebungen zu machen, vielmehr die Befugniß hiezu einzig den deutschen Gerichten zugestanden sei. Dadurch nun, daß Rekurrent gesetzwidrigerweise vom Bezirksgerichte Zurzach abgeurtheilt worden sei, werden Art. 58 der Bundesverfassung und § 16 der aargauischen Staatsverfassung verletzt, welche garantiren, daß Niemand seinem verfassungsmäßigen bezw. gesetzlichen Richter entzogen werden dürfe. Wenn das aargauische Obergericht sich bei Verwerfung der vom Rekurrenten eingelegten Nichtigkeitsbeschwerde auch noch darauf berufen habe, daß Rekurrent vor Bezirksgericht Zurzach eine Kompetenzeinwendung nicht erhoben habe, so sei dagegen zu bemerken, daß Rekurrent nicht aus prozessualischen Gründen um sein verfassungsmäßiges Recht gebracht werden könne, daß nach § 74 des aargauischen Zuchtpolizeigesetzes auch in zweiter In-

stanz noch neue Vorbringen statthaft seien und daß endlich in der Bestreitung der Anklage von selbst auch eine Bestreitung der Kompetenz liege. Ebenso sei es unstichhaltig, wenn das Obergericht sich darauf berufe, daß Rekurrent noch minderjährig sei und daher nach aargauischem Rechte das Domizil seiner in Oberendingen, Kantons Aargau, wohnhaften Eltern theile, denn fragliche Bestimmung der aargauischen Gesetzgebung möge civilrechtlich von Bedeutung sein, für das öffentliche Recht könne sie nicht in Betracht kommen. Eventuell werde das Urtheil jedenfalls insoweit als verfassungswidrig angefochten, als es den Rekurrenten auch wegen Lieferungen, die er von J. M. Teufel vor dem 27. Juli 1879 empfangen habe, zu Strafe verurtheile und als es ihn dem Heinrich Storz gegenüber für schadensersatzpflichtig erkläre. Denn in Bezug auf die Waareneinkäufe bei Teufel vor dem 27. Juli 1879 sei die Strafverfolgung nach § 26 des aargauischen Zuchtpolizeigesetzes verjährt; das Gleiche gelte für den Waareneinkauf bei Heinrich Storz, wie dies die aargauischen Gerichte selbst anerkennen. Demnach komme dem Bezirksgerichte Zurzach als Zuchtpolizeigericht von daher überhaupt keine Urtheilsbefugniß mehr zu; als Civilrichter aber sei das Bezirksgericht Zurzach nicht angegangen und es sei auch das Civilprozeßverfahren nicht beobachtet worden. Somit liege in den fraglichen Verurtheilungen eine Verletzung des § 16 der aargauischen Staatsverfassung, wonach Niemand anders als in der durch das Gesetz vorgeschriebenen Form und in den durch das Gesetz bezeichneten Fällen gerichtlich verfolgt oder verhaftet und Niemand seinem gesetzlichen Richter entzogen werden dürfe.

C. Die Staatsanwaltschaft des Kantons Aargau, welcher die Rekursschrift durch Vermittlung des Obergerichtes dieses Kantons zur Vernehmlassung mitgetheilt wurde, bemerkt im Wesentlichen: Die Kompetenz des Bezirksgerichtes Zurzach zu Aburtheilung der fraglichen Strafsache sei nach dem aargauischen Zuchtpolizeigesetze zweifellos begründet. Zum Thatbestande des Vergehens der Prellerei gehöre nämlich eine Schädigung des Geprellten, so daß dasselbe erst mit demjenigen Momente und an demjenigen Orte sich vollende, wo diese Schädigung eintrete. Die Beschädigung der Geprellten sei nun aber unzweifelhaft erst

durch die Empfangnahme der Waaren seitens des Rekurrenten und durch die thatsächlich eingetretene Zahlungsunfähigkeit desselben herbeigeführt worden, für welche Momente selbstverständlich nur der Wohnort des Rekurrenten maßgebend sein könne. Dieser aber sei zur entscheidenden Zeit, wie sich sowohl aus einer Reihe von Wechseln, in welchen der Rekurrent als in Oberendingen wohnhaft bezeichnet werde und welche er acceptirt habe, als auch aus einer Bescheinigung der dortigen Gemeindebehörde ergebe, Oberendingen und keineswegs, wie nunmehr vorgegeben werde, Zürich oder Burgdorf gewesen. Demgemäß wäre aber das Bezirksgericht Zurzach gemäß Art. 29 des Zuchtpolizeigesetzes auch dann zuständig, wenn man annehmen wollte, das Vergehen sei im Auslande begangen worden; denn daß Rekurrent im Auslande bezw. in Tuttlingen nicht wirksam habe verfolgt werden können, sei durch den Auslieferungsvertrag zwischen dem deutschen Reiche und der Schweiz, welcher die Auslieferung eigener Staatsangehöriger ausschließe, ohne Weiteres festgestellt und demnach konstatirt, daß die Bedingung erfüllt sei, von welcher die aargauische Gesetzgebung das Einschreiten der aargauischen Strafjustiz wegen im Auslande von aargauischen Angehörigen begangener Vergehen abhängig mache. Endlich sei auch noch darauf besonders Gewicht zu legen, daß Rekurrent weder vor dem Bezirksamte noch vor dem Bezirksgerichte Zurzach die Kompetenz dieser Behörden bestritten habe. Es sei nämlich zweifellos, daß das Bezirksgericht Zurzach sachlich zur Beurtheilung des in Frage stehenden Straffalles zuständig gewesen sei; in diesem Falle aber könne, nach allgemein anerkanntem Rechtsgrundsatze, durch Unterlassung des Bestreitens der Kompetenz, die bloß örtliche Unzuständigkeit des Gerichtes beseitigt werden. Demnach sei der Rekurs als unbegründet abzuweisen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Rekurrent beruft sich zu Begründung seiner Beschwerde zunächst darauf, daß das Bezirksgericht Zurzach zu Beurtheilung des in Frage stehenden Straffalles nach der aargauischen Gesetzgebung nicht kompetent sei, und daß daher in seiner Beurtheilung durch dieses Gericht eine Verletzung des in Art. 58 der Bundesverfassung und § 16 Abs. 3 der aargauischen Kantonal-

verfassung niedergelegten Grundsatzes, daß Niemand seinem verfassungsmäßigen bezw. gesetzlichen Richter entzogen werden dürfe, liege. Allein dieser Ausführung kann keinenfalls beigetreten werden. Denn:

a. Wenn Art. 58 der Bundesverfassung ausspricht, daß Niemand seinem verfassungsmäßigen Richter entzogen werden dürfe und daß daher keine Ausnahmsgerichte eingeführt werden dürfen, und wenn Art. 16 Abs. 3 der aargauischen Kantonalverfassung bestimmt, daß Niemand seinem gesetzlichen Richter entzogen werden dürfe, so ist diesen Verfassungsbestimmungen keineswegs der Sinn beizumessen, daß dadurch die einzelnen in den kantonalen Gesetzen für Civil- und Strafsachen vorgeschriebenen Gerichtsstände verfassungsmäßig gewährleistet werden; vielmehr ist darin, wie die bundesrechtliche Praxis in Auslegung des Art. 58 der Bundesverfassung stets festgehalten hat, lediglich der Grundsatz ausgesprochen, daß Niemand in Civil- oder Strafsachen der Beurtheilung durch die nach der kantonalen Gerichtsverfassung zur Ausübung der Civil- oder Strafgerichtsbarkeit berufenen ordentlichen Gerichte entzogen und vor ein Ausnahmegericht gestellt werden, oder in willkürlicher Umgehung der geltenden gesetzlichen Normen ausnahmsweise vor ein anderes als das gesetzlich zuständige Gericht zur Aburtheilung verwiesen werden dürfe. Nun ist das Bezirksgericht Zurzach keineswegs ein verfassungswidriges Ausnahmegericht, sondern es steht ihm zweifellos nach der aargauischen Gesetzgebung die Gerichtsbarkeit in Zuchtpolizeisachen zu und es ist ihm der vorliegende Straffall auf gesetzlichem Wege zur Erledigung zugewiesen worden, so daß von einer Verletzung des Art. 58 der Bundesverfassung, bezw. Art. 16 Abs. 3 der aargauischen Kantonalverfassung nicht die Rede sein kann.

b. Dazu kommt aber noch: Rekurrent hat vor dem Bezirksgerichte Zurzach die Kompetenz dieses Gerichtes nicht bestritten, vielmehr erst in seiner an das Obergericht des Kantons Aargau gerichteten Nichtigkeitsbeschwerde gegen das bezirksgerichtliche Urtheil die Kompetenz des Bezirksgerichtes angefochten. Nun kann aber nach der aargauischen Gesetzgebung das Urtheil eines ratione materiæ kompetenten Gerichtes wegen Mangels der ört-

lichen Zuständigkeit weder in Straf- noch in Civilsachen als nichtig angefochten werden (Strafprozeßordnung § 382, Civilprozeßordnung § 355), d. h. es wird nach der maßgebenden aargauischen Gesetzgebung der Mangel der örtlichen Zuständigkeit des Gerichtes jedenfalls dadurch gehoben, daß der Angeschuldigte bis zum Urtheil die Zuständigkeit nicht bestreitet, bezw. es wird in diesem Falle die Zuständigkeit des Gerichtes durch die freiwillige Unterwerfung seitens des Angeschuldigten begründet. Demnach war vorliegend die Zuständigkeit des Bezirksgerichtes Zurzach jedenfalls aus diesem Grunde nach Mitgabe der aargauischen Gesetzgebung begründet. Wenn Rekurrent hiegegen einwendet, daß auf den gesetzlichen Gerichtsstand in Strafsachen nicht wirksam verzichtet werden könne, da derselbe im öffentlichen Interesse vorgeschrieben sei, so ist darauf zu erwidern, daß, wenn auch allerdings eine Prorogation des Gerichtsstandes in Strafsachen durch Verfügung der Parteien nicht statthaft ist, doch nichts entgegensteht, daß das Gesetz gerade im öffentlichen Interesse, d. h. im Interesse der Ordnung des Verfahrens, an die unterlassene Bestreitung der Kompetenz während des Prozesses oder bestimmter Prozeßstadien die Wirkung knüpft, daß dadurch der Mangel der Zuständigkeit gehoben, bezw. das ursprünglich nicht zuständige Gericht dadurch zuständig wird.

2. Wenn Rekurrent sich im Weitern auf die Bestimmungen des Auslieferungsvertrages zwischen dem deutschen Reiche und der Schweiz vom 24. Januar 1874, insbesondere auf Art. 2 desselben beruft, so sind seine daherigen Ausführungen schon deßhalb offensichtlich unbegründet, weil dieser Vertrag Bestimmungen über den Gerichtsstand überall nicht enthält, insbesondere der vom Rekurrenten in Bezug genommene Art. 2 Abs. 2 dieses Vertrages lediglich die Verpflichtung der Gerichte der beiden kontrahirenden Staaten zu Leistung der Rechtshülfe statuirt, eine Bestimmung über den Gerichtsstand dagegen nicht aufstellt.

3. Ebenso erscheint die Behauptung des Rekurrenten, daß das angefochtene Urtheil, insoweit es ihn wegen der mit M. Teufel vor dem 26. Juni 1876 abgeschlossenen Käufe verurtheile, da in Bezug auf diese die Strafverfolgung verjährt gewesen sei, gegen den in § 16 Abs. 2 der aargauischen Kantonsverfassung

niedergelegten Grundsatz verstoße, daß Niemand anders als in den durch das Gesetz bezeichneten Fällen gerichtlich verfolgt werden dürfe, als völlig unbegründet. Denn durch die erwähnte Verfassungsbestimmung wird offensichtlich lediglich der Grundsatz aufgestellt, daß eine gerichtliche Verfolgung nur dann eingeleitet werden dürfe, wenn der zu Verfolgende einer gesetzlich mit Strafe bedrohten Widerhandlung beschuldigt werde; hiegegen ist aber vorliegend, da Rekurrent zweifellos eines im Gesetze mit Strafe bedrohten Vergehens beschuldigt war, keineswegs verstoßen worden.

4. Wenn endlich Rekurrent noch behauptet, daß eine Verletzung des § 16 der aargauischen Kantonsverfassung speziell auch darin liege, daß das Bezirksgericht Zurzach ihn zu Entschädigung gegenüber Heinrich Storz verurtheilt habe, trotzdem es anerkenne, daß in Bezug auf die mit diesem abgeschlossenen Käufe eine strafrechtliche Verfolgung wegen Verjährung nicht mehr statthaft sei, so erledigt sich diese Behauptung durch das in Erwägung 1 Ausgeführte.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird als unbegründet abgewiesen.

VI. Gerichtsstand. — Du for.

1. Gerichtsstand des Wohnortes. — For du domicile.

89. Entscheid vom 8. Oktober 1880 in Sachen Wyß.

A. Rekurrentin, welche von Willisau, Kantons Luzern, gebürtig ist, verehelichte sich, nachdem sie im Jahre 1874 von ihrem ersten Ehemanne, Gottlieb Weiß, geschieden worden war, am 14. August 1877 in Horgen, Kantons Zürich, wo sie schon früher sich aufgehalten hatte, mit dem in Horgen niedergelassenen Schuster Joseph Wyß von Wilihof, Kantons Luzern. Seit dieser Zeit wohnte, gemäß Bescheinigung des Gemeinderathes von Horgen vom 7. Juli 1880, ihr zweiter Ehemann mit seiner Familie fortwährend in Horgen, wo er auch seit 1. Sep-

tember 1877 einen Familienheimatschein eingelegt hat. Nachdem nun der Rekurrentin in Verbindung mit mehreren Miterben die Erbschaft des Aloys Amstein von und in Willisau-Stadt, Kantons Luzern, angefallen war, wirkte die Ortsbürgergemeinde von Willisau-Stadt, bezw. das dortige Waisenamt beim Bezirksgerichtspräsidenten von Willisau unterm 1. April 1880 einen Arrestbefehl auf den der Rekurrentin angefallenen Erbtheil für eine Forderung von 1083 Fr. 45 Cts., betreffend Rückvergütung von der Rekurrentin genossener Armenunterstützungen, aus. Da die Rekurrentin den Arrest bestritt, so leitete die Ortsbürgergemeinde Willisau beim Bezirksgerichte Willisau den Arrestprozeß ein. Gegenüber der angestellten Arrestklage bestritt die Rekurrentin, mit Berufung auf Art. 58 und 59 der Bundesverfassung, die Zuständigkeit der luzernischen Gerichte, da es sich um eine rein persönliche Ansprache handle und sie aufrechtstehend und in Horgen, Kantons Zürich, fest niedergelassen sei. Durch Entscheidung vom 18. Mai 1880 erklärte sich indeß das Bezirksgericht Willisau in Sachen kompetent und erkannte demgemäß, die Beklagte habe einläßlich zu antworten.

B. Gegen diesen Entscheid führte die Rekurrentin beim Bundesgerichte Beschwerde, indem sie ausführt: Sie sei in Horgen fest niedergelassen und sei auch, da sie weder fruchtlos ausgetrieben worden sei, noch Konkurs gemacht habe, als aufrechtstehend zu betrachten. Die Forderung der Ortsbürgergemeinde Willisau für angeblich empfangene Armenunterstützungen bestreite sie. Dieselbe qualifizire sich als eine persönliche Ansprache; demnach müsse sie für dieselbe beim Richter ihres Wohnortes belangt werden, und die luzernischen Gerichte seien offenbar nicht kompetent. Demgemäß beantrage sie: Die rekurrirte Erkanntniß sei aufzuheben und sei das löbl. Bezirksgericht Willisau, resp. die luzernischen Gerichte in Sachen inkompetent zu erklären und der Arrest als verfassungswidrig zu annulliren. Alles unter gegnerischer Kostenfolge.

C. In ihrer Vernehmlassung bestritt die Ortsbürgergemeinde Willisau-Stadt in erster Linie, daß die Rekurrentin in Horgen einen festen Wohnsitz und daselbst die Niederlassung erworben habe. Jedenfalls sei ihr davon zur Zeit der Arrestlegung nichts bekannt gewesen. Uebrigens könne sich die Rekurrentin auf Art.

59 Abs. 1 der Bundesverfassung schon deßhalb nicht berufen, weil sie keineswegs aufrechtstehend, sondern notorisch insolvent sei, wie sich daraus ergebe, daß sie theils persönlich, theils indirekt durch Unterstützung ihres unehelichen Sohnes Karl Armenunterstützungen empfangen habe, wie durch liquide Beweismittel dargethan werde. Der Anspruch auf Rückerstattung fraglicher Armenunterstützungen entspringe aus Art. 60 des luzernischen Armengesetzes; nun bestreite Rekurrentin nicht nur das Maß, sondern die Thatsache der Unterstützung; darüber sei aber nach § 62 des luzernischen Armengesetzes vom Civilrichter zu entscheiden. Der zuständige Civilrichter in Arrestsachen sei nun aber der Richter des Arrestortes. Demnach werde beantragt:

1. Das Rekursgesuch sei vollständig abzuweisen;

2. Die Luzerner Gerichte seien demnach in Sachen kompetent zu erklären;

3. Trage die Rekurrentin die Kosten.

D. In Replik und Duplik halten die Parteien die gestellten Anträge unter weiterer Begründung aufrecht.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Wenn die Rekurrentin sich zu Begründung ihrer Beschwerde zunächst auf Art. 58 der Bundesverfassung beruft, so erscheint insoweit die Beschwerde als unbegründet. Denn wie das Bundesgericht bereits mehrfach ausgesprochen hat, verbietet Art. 58 der Bundesverfassung lediglich die Aufstellung von verfassungswidrigen Ausnahmegerichten in den Kantonen, ohne dagegen irgendwelche Normen über den Gerichtsstand aufzustellen. Das Bezirksgericht Willisau nun aber, gegen dessen Entscheidung die Beschwerde gerichtet ist, gehört offenbar zu den verfassungsmäßigen Gerichten.

2. Dagegen wird durch die angefochtene Entscheidung des Bezirksgerichtes Willisau allerdings der Art. 59 Abs. 1 der Bundesverfassung verletzt. Denn:

a. Es kann zunächst angesichts der Fakt. A erwähnten, durch amtliche Zeugnisse belegten Thatsachen einem ernsthaften Zweifel nicht unterliegen, daß Rekurrentin in Horgen, Kantons Zürich, ihren festen Wohnsitz hat.

b. Ebenso qualifizirt sich die Forderung, für welche der frag-

liche Arrest gelegt wurde, unbestrittenermaßen als eine civilrechtliche Ansprache rein persönlicher Natur, nämlich als eine auf das luzernische Armengesetz gestützte condictio ex lege auf Rückerstattung angeblich bezogener Armenunterstützungen.

c. Rekurrentin muß daher gemäß Art. 59 Lemma 1 cit. für diese Forderung beim Richter ihres Wohnortes belangt werden, sofern nicht dargethan ist, daß sie nicht aufrechtstehend sei. Dafür nämlich, daß derjenige, welcher sich auf Art. 59 Abs. 1 der Bundesverfassung beruft, aufrechtstehend sei, spricht, wie die bundesrechtliche Praxis stets festgehalten hat (vergl. Entscheidung i. S. Huber vom 30. Januar 1880, amtl. Samml. VI S. 17 u. ff.), allerdings die Vermuthung, und das Gegentheil muß von demjenigen, der es behauptet, durch Anführung schlüssiger Thatsachen dargethan werden. In dieser Beziehung wird nun von der Rekursbeklagten lediglich die von der Rekurrentin überdem bestrittene Thatsache angeführt, daß Rekurrentin seiner Zeit Armenunterstützungen empfangen habe. Daraus folgt nun aber, auch die Richtigkeit der Behauptungen der Rekursbeklagten vorausgesetzt, keineswegs, daß Rekurrentin gegenwärtig, bezw. zur Zeit der Auswirkung des Arrestbefehles nicht aufrechtstehend sei. Denn es ergibt sich aus der behaupteten Thatsache offenbar nicht, daß Rekurrentin gegenwärtig außer Stande sei, liquide, in gehöriger Weise geltend gemachte Forderungen zu befriedigen.

d. Wenn endlich Rekursbeklagte sich auch noch darauf berufen hat, daß ihr zur Zeit der Arrestlegung der Wohnsitz der Rekurrentin nicht bekannt gewesen sei, so kann hierauf offenbar überall nichts ankommen, beziehungsweise dadurch der verfassungsmäßige Gerichtsstand nicht geändert werden.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird als begründet erklärt und es werden demnach die Entscheidung des Bezirksgerichtes Willisau vom 18. Mai 1880, sowie der durch Arrestbefehl des Bezirksgerichtspräsidenten von Willisau vom 1. April 1880 angelegte Arrest als verfassungswidrig aufgehoben.

---

2. Gerichtsstand der belegenen Sache. — For de la situation de la chose.

90. Entscheid vom 2. Oktober 1880 in Sachen Bär.

A. Am 7. Januar 1879 vertauschte der seither verstorbene Vater des als Dragoner eingetheilten, 1849 geborenen, Rekurrenten Gottlieb Bär das dem letztern gehörige Dienstpferd an den Rekursbeklagten Papierfabrikanten Johann Meyenberg in Baar, Kantons Zug, und zwar, wie letzterer behauptet, mit der Beredung, daß das Pferd dem Sohne Gottlieb Bär noch für den nächsten Militärdienst geliehen werden müsse. Im Monat März 1879 holte Rekurrent, welcher seinerseits behauptet, von dem durch seinen Vater abgeschlossenen Tauschhandel keine Kenntniß gehabt zu haben, sondern der Meinung gewesen zu sein, das Pferd sei dem Meyenberg bloß miethweise übergeben worden, dasselbe bei letzterm ab und stellte es demselben nach einigen Tagen, nach gemachtem Gebrauche, wieder zurück. Als er dagegen im Monat Juli 1879 das Pferd wiederum verlangte, verweigerte Meyenberg dessen Herausgabe, da er seiner Vertragspflicht bereits Genüge geleistet habe. Rekurrent wirkte hierauf am 13. Juli 1879 eine gerichtliche Verfügung des Inhaltes aus, daß Johann Meyenberg angewiesen wurde, ihm, laut Uebereinkunft vom 9. Januar 1879, für den Kavalleriedienst, der am 14. Juli 1879 beginne, das vertauschte Pferd sofort zu verabfolgen. Dieser Verfügung gab der Rekursbeklagte, welcher ursprünglich Aufhebung derselben hatte auswirken wollen, erst Folge, nachdem Rekurrent, laut Zeugniß des Weibelamtes Baar vom 14. Juli 1879, bei letzterm „für verlangte Sicherung bis zur Rückstellung des Pferdes" den zugestandenermaßen dem Werthe des Pferdes entsprechenden Betrag von 1150 Fr. „hinter Recht" deponirt hatte und in die gerichtliche Verfügung der Zusatz „gegen Bürgschaft" aufgenommen worden war.

B. Da Rekurrent das Pferd trotz einer an ihn ergangenen gerichtlichen Aufforderung nicht zurückstellte, brachte der Rekursbeklagte am 16. August 1879 ein sog. Provokationsgesuch beim Kantonsgerichtspräsidenten von Zug an, dahin lautend, Gottlieb

Bär in Riffersweil, Kantons Zürich, werde aufgefordert, das ihm am 15. Juli abhin zum momentanen Gebrauche in den Militärdienst geliehene Pferd dem Meyenberg innert bestimmter Frist zurückzustellen, widrigenfalls das Weibelamt Baar angewiesen würde, die bei ihm deponirte, dem Werthe des Pferdes äquivalente Faustpfandhinterlage von 1150 Fr. dem Meyenberg auszuhändigen, Alles unbeschadet der Meyenberg'schen Schadensersatzforderung. Gegen dieses Provokationsgesuch meldete Rekurrent beim Kantonsgerichtspräsidenten von Zug Bestreitung an, worauf hin Johann Meyenberg beim Kantonsgerichte Zug klagend auftrat, indem er beantragte: Provokat und Beklagter sei pflichtig, das Provokationsgesuch Klägers vom 16. August 1879 anzuerkennen und es sei daher die anbegehrte Provokation gerichtlich zu bewilligen. Dagegen stellte Gottlieb Bär, unter Bestreitung des zugerischen Gerichtsstandes, den Antrag: Beklagter sei nicht schuldig, das klägerische Provokationsbegehren vom 16. August anzuerkennen, es sei daher die vom Kläger anbegehrte Provokation zu verweigern unter Kostenfolge. Durch Entscheid vom 29. November 1879 erkannte das Kantonsgericht von Zug dahin: Es sei die Provokation gerichtlich bewilligt, welche Entscheidung vom Obergerichte in zweiter und vom Kassationsgerichte in dritter Instanz bestätigt wurde, wesentlich aus den Gründen, daß als eigentlicher Streitgegenstand, auf den sich die Provokation beziehe, das als Aequivalent für das Pferd hinterlegte Depositum erscheine, welches im Kanton Zug liege und sich im rechtlichen Besitze des Meyenberg befinde, so daß der Rechtsstreit sich als ein dinglicher qualifizire, für welchen das Gericht der gelegenen Sache kompetent sei.

C. Gegen diesen Entscheid ergriff Gottlieb Bär den Rekurs an das Bundesgericht; er stellt den Antrag: Es sei in Anwendung des Art. 59 litt. a des Gesetzes über die Bundesrechtspflege das Urtheil des hiesigen Kassationsgerichtes vom 31. März 1880 (resp. das des Obergerichtes vom 26. Januar 1880 und jenes des Kantonsgerichtes vom 29. November 1879) in Sachen der Litiganten als aufgehoben zu erklären unter Kostenfolge. Zur Begründung wird angeführt: Er anerkenne den von seinem Vater über das Pferd abgeschlossenen Tauschhandel, der überdem

schon wegen der durch Art. 38 der Militärorganisation ausgesprochenen Unveräußerlichkeit des Pferdes ungültig sei, keinenfalls als gültig an. Erst als er im Juli 1879 das Pferd zum zweiten Male habe abholen wollen, habe er von diesem Vertrage Kenntniß erhalten. Die Deposition des Betrages von 1150 Fr., zu welcher er sich damals, um das Pferd herauszuerhalten, habe verstehen müssen, involvire keineswegs eine Anerkennung der fraglichen Veräußerung oder einen Verzicht auf den natürlichen Gerichtsstand. Vielmehr sei er der Meinung gewesen, daß Meyenberg, sofern er das Pferd wiederum zurückfordern oder auf das Depositum greifen wolle, zuerst im Kanton Zürich gegen ihn klagen müsse, bezw. daß vorher durch den Richter seines Wohnortes über die Frage entschieden werden müsse, ob er verbunden sei, den von seinem Vater abgeschlossenen Tauschvertrag anzuerkennen. Das entgegengesetzte, durch die zugerischen Gerichte gebilligte Verfahren sei ein durchaus unzulässiges. Vorerst sei zu bemerken, daß das zürcherische Gesetz über die Rechtspflege vom 2. Dezember 1874 das Institut der Klageprovokation nicht kenne, sodann sei festzuhalten, daß auch nach der zugerischen Civilprozeßordnung (§§ 9 und 10) persönliche Klagen vor dem Richter des Wohnortes des Beklagten, dingliche oder Besitzklagen vor dem Richter der gelegenen Sache anzubringen seien. Nun sei im vorliegenden Falle das Pferd in erster Linie Streitobjekt. Dieses aber befinde sich zweifellos im Kanton Zürich in seinem Besitze. Von einem Verfallen des allerdings in Baar liegenden Depositums könne erst dann die Rede sein, wenn er durch seinen natürlichen Richter zur Rückgabe des Pferdes verurtheilt sei, es aber vorziehe, statt dessen auf das Depositum zu verzichten. Von einem Pfandrechte des Rekursbeklagten an dem Depositum könne keine Rede sein; durch dessen Hinterlage sei eine bloß eventuelle Sicherheit von vorsorglichem Charakter geschaffen, keineswegs dagegen ein Pfandrecht kreirt worden. Es handle sich also um eine rein persönliche Klage auf Rückgabe einer im Kanton Zürich befindlichen beweglichen Sache. Zu Beurtheilung dieser Klage sei aber einzig der Richter seines Wohnortes verfassungsmäßig zuständig.

D. Johann Meyenberg dagegen trägt in seiner Rekursbeant-

wortung auf Abweisung des Rekurses unter Kostenfolge an, indem er im Wesentlichen ausführt: Das Depositum sei als Sicherheit dafür gegeben worden, daß Bär das Pferd zurückgebe, bezw. von der zu seinen Gunsten erlassenen gerichtlichen Verfügung keinen Mißbrauch mache. Bär habe, als er im Monat Juli 1879 das Pferd herausverlangt und die gerichtliche Verfügung vom 13. Juli erwirkt habe, das Pferd nur zu momentanem Gebrauche im Militärdienste, gestützt auf den Vertrag vom 9. Januar 1879, verlangt und erhalten. Hätte er damals davon gesprochen, daß er den von seinem Vater abgeschlossenen Vertrag beanstanden wolle, so wäre ihm die gerichtliche Verfügung niemals ertheilt, sondern er auf den ordentlichen Prozeßweg verwiesen worden, wo er dann als Kläger am Wohnorte des Rekursbeklagten hätte auftreten müssen. An dem Depositum habe demgemäß Meyenberg ein wirkliches Pfandrecht, das einzig an die Bedingung geknüpft gewesen sei, daß Bär die gerichtliche Verfügung mißbrauche, erworben. Die Provokation habe sodann lediglich den Sinn gehabt, daß Bär, wenn er auf das Depositum für den Fall, daß er das Pferd nicht zurückgebe, noch irgendwelchen Anspruch zu haben glaube, provozirt werde, diesen gerichtlich geltend zu machen; sie habe sich also ausschließlich auf das Depositum, nicht auf das Pferd bezogen. In diesem Sinne haben sowohl die zugerischen Gerichte als auch der Rekursbeklagte die Provokation stets aufgefaßt, wie sich aus dem Gerichtsprotokolle ergebe. Die Frage, wem das Eigenthum an dem Pferde zustehe, bezw. ob Bär verhalten werden könne, letzteres zurückzugeben, sei der andern Frage, ob Rekursbeklagter für den Fall, daß das Pferd nicht zurückgestellt werde, Anspruch auf das Depositum habe, keineswegs präjudiziell; vielmehr entscheide sich letztere einfach danach, ob das Depositum einzig als Sicherheit für die Rückstellung des Pferdes oder in anderweitiger Absicht hinterlegt worden sei. Demnach handle es sich lediglich um Feststellung der Rechte der Parteien am Depositum, mithin nicht um eine persönliche, sondern um eine dingliche Klage, resp. um Provokation zu einer dinglichen Klage. Somit sei der zugerische Richter als Richter der gelegenen Sache allerdings kompetent.

E. Replicando bestreitet Rekurrent die Ausführungen der Re-

kursbeantwortung, ohne seinerseits etwas wesentlich Neues anzubringen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Rekurrent begründet seine Beschwerde offenbar aus einem doppelten Gesichtspunkte: einmal scheint er davon auszugehen, daß, da die Gesetzgebung seines Niederlassungskantons, des Kantons Zürich, das Institut der Provokation zur Klage nicht kenne, die Anstellung einer Provokationsklage in einem andern Kanton überhaupt ihm gegenüber verfassungsmäßig unzulässig sei; im fernern sodann beschwert er sich darüber, daß vorliegend die Provokationsklage dazu dienen solle, ihn seinem verfassungsmäßigen Richter zu entziehen, bezw. ihn zu nöthigen, sich vor einem andern als dem nach Art. 59 Abs. 1 der Bundesverfassung zuständigen Richter des Wohnortes in Bezug auf eine persönliche Ansprache einzulassen.

2. In ersterer Beziehung erscheint nun die Beschwerde von vornherein als unbegründet. Denn es ist nicht einzusehen, inwiefern die Provokation zur Klage an sich ein verfassungsgemäß gewährleistetes Recht des Rekurrenten verletzen sollte. Vielmehr kann es keinem begründeten Zweifel unterliegen, daß Rekurrent, sofern er in Bezug auf den Hauptprozeß der zugerischen Gerichtsbarkeit unterworfen ist, den Vorschriften der dortigen Civilprozeßordnung auch in Bezug auf die Provokation zur Klage, welche lediglich als ein den Hauptprozeß vorbereitender, präparatorischer Akt erscheint, untersteht. (Vergl. Entsch. des Bundesgerichtes i. S. Michel I S. 223; i. S. Meyer-Sibler II S. 410.)

3. Was sodann den zweiten Beschwerdepunkt anbelangt, so muß zunächst davon ausgegangen werden, daß dem Provokationsgesuche des Rekursbeklagten diejenige Bedeutung zukommt, welche ihm vom Rekursbeklagten in seiner Rekursbeantwortung beigelegt wird, d. h. die Bedeutung einer Aufforderung an den Provokaten und Rekurrenten, Ansprüche, die er für den Fall, daß er das Pferd nicht zurückstellen sollte, auf den von ihm hinterlegten Geldbetrag noch zu haben vermeine, bei Strafe des Erlöschens dieser Ansprüche binnen gesetzter Frist gerichtlich geltend zu machen. Nach dem Wortlaute des fraglichen Provokationsgesuches könnte es zwar scheinen, dasselbe bezwecke überhaupt

nicht eine Provokation zur Klage, sondern direkt die Einleitung einer und zwar in erster Linie auf Rückgabe des Pferdes und bloß eventuell auf die Geldhinterlage gerichteten Klage gegen den Rekurrenten als Beklagten. Allein sowohl die Bezeichnung des fraglichen Gesuches als Provokationsgesuch, als auch die Behandlung desselben durch die zugerischen Gerichte beweist, daß demselben wirklich die Bedeutung einer Provokation zur Klage im oben angegebenen Sinne zukommt.

4. Geht man aber hievon aus, so war der zugerische Richter als Richter des Orts der gelegenen Sache kompetent. Denn nach feststehender bundesrechtlicher Praxis ist zur Beurtheilung von Klagen, welche auf Anerkennung oder Realisirung behaupteter Pfandrechte gehen, sofern wenigstens nicht ein Pfandanspruch offenbar bloß zum Zwecke der Umgehung des verfassungsmäßigen Grundsatzes, wonach für persönliche Klagen der Richter des Wohnortes des Beklagten zuständig ist, erhoben wird, der Richter des Ortes der gelegenen Sache kompetent und zwar auch dann, wenn nicht nur das Pfandrecht, sondern auch der angeblich pfandversicherte Anspruch bestritten wird. Nun behauptet vorliegend der Rekursbeklagte ein Pfandrecht an der vom Rekurrenten gemachten Geldhinterlage und es kann jedenfalls nicht gesagt werden, daß diese Behauptung eine bloß zum Zwecke der Umgehung des verfassungsmäßigen Gerichtsstandes vorgeschobene sei. Wenn daher Rekursbeklagter, wie ihm offenbar freigestanden wäre, anstatt den Rekurrenten zur Klage zu provoziren, seinerseits mit einer Klage auf Anerkennung bezw. Realisirung dieses Pfandrechtes aufgetreten wäre, so wäre zu Beurtheilung dieser Klage zweifellos der zugerische Richter kompetent gewesen. Demgemäß muß aber der zugerische Richter offenbar auch als zuständig zu Beurtheilung der vom Rekursbeklagten angestrengten Provokationsklage anerkannt werden. Denn letztere macht ja keineswegs einen anderweitigen selbständigen Anspruch geltend, sondern hat lediglich zum Zwecke die Geltendmachung des vom Rekursbeklagten behaupteten Pfandrechtes nur nicht auf dem Wege der Klage, sondern auf demjenigen der Einrede gegenüber einer allfälligen Klage des Rekurrenten einzuleiten. Demgemäß kann davon, daß im Wege der Provokationsklage ein persönlicher An-

spruch gegen den Rekurrenten vor einem verfassungsmäßig nicht zuständigen Richter habe geltend gemacht, bezw. er auf diesem Wege habe genöthigt werden wollen, in Bezug auf einen solchen Anspruch vor einem verfassungsmäßig nicht zuständigen Richter Recht zu nehmen, nicht die Rede sein.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird als unbegründet abgewiesen.

---

3. Gerichtsstand der Widerklage. — For de l'action reconventionnelle.

91. Urtheil vom 8. Oktober 1880 in Sachen Bloch.

A. Gebrüder Bloch, Pferdehändler in Zürich, verkauften am 22. Januar 1880 dem Kaspar Jenny an der Ziegelbrücke, Kantons Glarus, zwei Pferde um den Kaufpreis von 4500 Fr., auf welchen bei der Uebergabe die Hälfte mit 2250 Fr. baar bezahlt wurde. Hinwiederum kauften die Gebrüder Bloch am 25. gl. M. von Jenny zwei andere Pferde um den Preis von 600 Fr., so daß dieser ihnen noch 1650 Fr. schuldig blieb. In Betreff des einen der gekauften Pferde erhob nun Jenny eine Reklamation wegen Mängel und zeigte, nachdem gepflogene Unterhandlungen zu keinem Resultate geführt hatten, am 10. Februar 1880 den Gebrüdern Bloch an, daß er das fragliche Pferd in Drittmannshände stelle und daß sie es gegen 600 Fr. und das Futtergeld beziehen können; auch stehe es ihnen frei, beide ihm verkauften Pferde gegen Bezahlung seiner Auslagen und des Kaufpreises der ihnen seinerseits verkauften Pferde zu beziehen. Im Fernern trat Jenny am 21. April 1880 vor dem Civilgerichte in Glarus mit einem Provokationsbegehren gegen die Gebrüder Bloch auf, dahin gehend, es sei letztern ein gerichtlicher Termin zu stellen, innerhalb dessen sie allfällige ihnen aus dem Vertrage vom 22. Januar 1880 zustehende Forderungsrechte an ihn geltend zu machen haben, unter Androhung der

Rechtsfolge der Präklusion im Unterlassungsfalle. Gestützt auf §§ 95 und 96 1 c der glarnerischen Civilprozeßordnung sprach das Gericht dieses Begehren zu und setzte den Gebrüdern Bloch demgemäß Frist zur Prozeßeinleitung an.

B. Die Gebrüder Bloch leiteten, dieser Fristansetzung Folge gebend, den Rechtsstreit bei dem kompetenten glarnerischen Richter ein und stellten beim Vorstande vor Civilgericht Glarus am 22. Mai 1880 die Rechtsfrage auf: Ist nicht zu erkennen, es sei der Beklagte pflichtig, den Klägern 1632 Fr. 50 Cts. sammt Zins vom 12. Februar d. J. zu bezahlen unter Kostenfolge? Dieser Klage gegenüber stellte nun Kaspar Jenny im erwähnten Termin vom 22. Mai 1880 eine Widerklage an, indem er seinerseits die Rechtsfrage aufwarf: Ist nicht unter Abweisung des klägerischen Begehrens gerichtlich zu erkennen, es seien Kläger pflichtig, entweder die beiden durch den Vertrag vom 28. Januar 1880 betroffenen Pferde zurückzunehmen und dem Beklagten den Betrag von 2867 Fr. 70 Cts. sammt Zinsen zu bezahlen, oder aber das vom Beklagten bei Jakob Berger an der Ziegelbrücke eingestellte Pferd allein zurückzunehmen und dem Beklagten den Betrag von 617 Fr. 70 Cts. sammt Zinsen zu bezahlen, sowie im einten oder andern Falle die Kosten für die Einstellung und Fütterung dieses letztbezeichneten Pferdes abzuheben unter Kostenfolge? Gegenüber dieser vom Beklagten angebrachten Widerklage wurde im Termine vom 22. Mai 1880, ausweislich des Sitzungsprotokolles, eine Kompetenzeinrede nicht aufgeworfen, vielmehr wurde von beiden Parteien zur Hauptsache verhandelt, wobei die Kläger ein Gesuch um Terminsverschiebung, um einen abwesenden Zeugen zur Stelle bringen zu können, anbrachten, welchem Gesuche vom Gerichte Folge gegeben wurde. In den spätern in der Streitsache abgehaltenen gerichtlichen Terminen vom 14. und 26. Juni 1880 hingegen protestirten die Kläger dagegen, daß auch die in der Gegenrechtsfrage des Beklagten enthaltene Streitfrage, für welche eine besondere Prozeßeinleitung nothwendig sei, im angehobenen Prozesse zur Verhandlung gelange und verwahrten sich diesfalls alle Rechte. Das Civilgericht von Glarus verwarf indeß durch Urtheil vom 26. Juni diese Einwendung, weil Kläger im Termin

vom 22. Mai das beklagtische Rechtsbegehren nicht beanstandet haben, sondern von ihrem Bevollmächtigten auf dasselbe eingeantwortet worden sei, wies in der Hauptsache die Klage ab und sprach dem Beklagten sein Widerklagsbegehren zu. Dieses Urtheil wurde, auf ergriffene Berufung hin, vom Appellationsgerichte des Kantons Glarus durch Entscheidung vom 24. Juli 1880 bestätigt. Am 30. Juli 1880 beschloß sodann die um Anordnung der Vollziehung des appellationsgerichtlichen Urtheils angegangene Standeskommission des Kantons Glarus, es können die Gebrüder Bloch von K. Jenny angehalten werden, dem appellationsgerichtlichen Urtheile vom 24. Juli 1880 nach der einen oder andern der zwei vorgesehenen Alternativen binnen 14 Tagen Vollzug zu geben.

C. Hierauf ergriffen die Gebrüder Bloch den Rekurs an das Bundesgericht. Sie führen aus: Vermittelst der vom Beklagten angebrachten Widerklage werde lediglich ein persönlicher Anspruch gegen die Rekurrenten aus Nachwährschaft geltend gemacht. Zu Beurtheilung dieses Anspruches sei aber nach Art. 59 Abs. 1 der Bundesverfassung nur der Richter des Wohnortes der Rekurrenten kompetent. Denn sie seien nicht freiwillig, sondern durch die vorangegangene provocatio ad agendum gezwungen, vor den glarnerischen Gerichten als Kläger aufgetreten. Darin nun, daß trotzdem der Glarner Richter die Widerklage zugelassen, liege eine Verletzung der Bundesverfassung, bezw. eine Verrückung des verfassungsmäßigen Gerichtsstandes. Ein Verzicht auf letztern liege nämlich nicht vor, weder ein ausdrücklicher noch ein stillschweigender. Im Termin vom 22. Mai 1880 nämlich habe sich der Vertreter der Kläger auf die Widerklage nicht eingelassen, sondern in seiner Replik sich auf die Begründung des gestellten Terminsverschiebungsbegehrens beschränkt. Später haben sie wiederholt gegen die Zulassung der Widerklage ausdrücklich protestirt. Es werde demgemäß auf Aufhebung des appellationsgerichtlichen Urtheils, sowie der Verfügung der Standeskommission angetragen.

D. In seiner Rekursbeantwortung führt K. Jenny aus, daß die Rekurrenten, bezw. der Vertreter derselben, im Termin vom 22. Mai 1880 in Bezug auf die gestellte Widerklage vorbehalt-

los zur Hauptsache verhandelt haben, so daß dieselben den glarnerischen Gerichtsstand anerkannt und die Kompetenz der glarnerischen Gerichte nachträglich nicht mehr anfechten können. Er trägt demnach auf Abweisung des Rekurses unter Kosten- und Entschädigungsfolge an.

E. In seiner Replik macht Rekurrent dem gegenüber geltend, daß die zweite Verhandlung vor Civilgericht lediglich eine Fortsetzung der ersten gewesen sei, so daß der bei dieser zweiten Verhandlung eingelegte Protest gegen die Zulässigkeit der Widerklage noch als rechtzeitig angebracht betrachtet werden müsse. Eventuell könnte höchstens eine ausdrückliche Erklärung der Rekurrenten, daß sie die Glarner Gerichte für die Widerklage als forum prorogatum anerkennen, von Erheblichkeit sein. Es handle sich also einfach um die Frage, ob durch provocatio ad agendum und nachfolgende Widerklage der Provokat und Widerbeklagte seinem verfassungsmäßigen Richter entzogen werden dürfe.

Duplicando hält der Rekursbeklagte an den Anträgen der Rekursbeantwortung fest, ohne indeß zu deren Begründung etwas Neues, zur Sache Dienliches anzubringen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Wie die bundesrechtliche Praxis konstant festgehalten hat, wird durch Art. 59 Abs. 1 der Bundesverfassung der Gerichtsstand der Widerklage, auch in Bezug auf persönliche Ansprachen, nicht ausgeschlossen, sofern der widerklagsweise geltend gemachte Anspruch mit dem Klageanspruch in materieller Konnexität steht. (Vergl. z. B. Entscheidung des Bundesgerichtes i. S. Braunschweig vom 21. Juli 1879, amtl. Samml. V S. 305.) Letzteres trifft nun im vorliegenden Falle offenbar zu, da beide Ansprüche auf einem und demselben Geschäfte, dem zwischen den Parteien am 22. Januar 1880 abgeschlossenen Kaufvertrage, beruhen und somit ein rechtlicher Zusammenhang zwischen denselben zweifellos besteht. Demgemäß kann in der Zulassung der Widerklage des Rekursbeklagten durch die glarnerischen Gerichte eine Verfassungsverletzung nicht gefunden werden.

2. Rekurrenten glauben dies zwar deßhalb behaupten zu können, weil sie im vorliegenden Falle nicht freiwillig, sondern durch die vorangegangene Provokation zur Klage dazu genöthigt, vor

den glarnerischen Gerichten als Kläger aufgetreten seien. Allein es ist nicht einzusehen, inwiefern dieser Umstand geeignet sein sollte, die Erhebung der Widerklage als unstatthaft erscheinen zu lassen, da ja die Verpflichtung der Kläger, sich auf konnexe Widerklagen vor dem Gerichte der Vorklage einzulassen, keineswegs auf einer supponirten freiwilligen Unterwerfung derselben beruht, es mithin als völlig indifferent erscheint, ob sie freiwillig oder infolge rechtlicher Nöthigung geklagt haben.

3. Im vorliegenden Falle übrigens muß auch angenommen werden, daß Rekurrenten den glarnerischen Gerichtsstand in Bezug auf die Widerklage freiwillig anerkannt haben, denn ihr Vertreter hat, wie nach Ausweis des Gerichtsprotokolles als feststehend zu betrachten ist, im Termin vom 22. Mai 1880 in Bezug auf die Widerklage vorbehaltlos zur Hauptsache verhandelt. Hierin muß aber eine stillschweigende Anerkennung des Gerichtsstandes erblickt werden, da Rekurrenten besondere Umstände, welche die regelmäßig zweifellos statthafte Annahme ausschließen würden, daß die vorbehaltlose Einlassung in der Hauptsache den Willen der Anerkennung des Gerichtsstandes ausdrücke, nicht dargethan haben. Ihre spätern Proteste gegen die Zulassung der Widerklage nämlich können hiefür offenbar nicht in Betracht kommen.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird als unbegründet abgewiesen.

VII. Provocation. — Provocation d'instance.

Siehe Nr. 90.

VIII. Arreste. — Saisies et séquestres.

92. *Arrêt du 1er Octobre 1880 dans la cause Hug.*

Par exploit en date du 10 Mai 1880, Pierre Prell, ferblantier à Bulle, a fait signifier à Hermann Hug, d'Aire-la-Ville (Genève), ingénieur, domicilié à Berne et alors occupé à des travaux de construction à Charmey (Fribourg), un séquestre pour parvenir au payement de la somme de 447 francs, montant de travaux de ferblanterie exécutés par l'instant en 1867 pour le compte de la société Hug et Chavannes, soumissionnaire de la construction des gares de la ligne Bulle-Romont.

Ce séquestre, exécuté le même jour, a porté sur divers instruments et objets d'habillement.

Par exploit du 14 dit, Hug a opposé au dit séquestre et déclaré vouloir recourir au Tribunal fédéral.

A l'audience du Tribunal Civil de l'arrondissement de la Gruyère du 15 Juin 1880, Hug a déclaré opposer à sa partie adverse l'incompétence du juge fribourgeois, et ce Tribunal, faisant droit à une requête présentée par les deux parties, a prononcé la suspension de la cause jusqu'à ce que le Tribunal fédéral ait prononcé sur le recours annoncé.

Le 18 Juin 1880, Hug a en effet adressé au Tribunal de céans un recours concluant à ce qu'il lui plaise prononcer l'annulation du séquestre susvisé, comme constituant une violation de l'art. 59 de la Constitution fédérale.

A l'appui de cette conclusion, le recourant fait valoir ce qui suit :

Hug est citoyen suisse, ressortissant et bourgeois d'Aire-la-Ville (Genève); il est ingénieur et employé de la maison Ott et Cie, à Berne, où il habite depuis 1877 ; il ne séjourne que momentanément à Charmey, pour y vaquer à des travaux de sa profession. Dans cette situation, le recourant, étant d'ailleurs solvable, ne saurait être tenu de laisser séques-

trer ses biens dans un autre canton que celui de son domicile.

Dans sa réponse, Prell conclut au rejet du recours, par les motifs ci-après :

Hug était en 1867 associé du sieur Chavannes pour la construction des gares du tronçon de chemin de fer Bulle-Romont; sans avoir achevé leur entreprise, Hug et Chavannes désertèrent la place de Bulle en y laissant un grand nombre de créanciers, dont la plupart, et entre autres Prell, ne furent jamais payés. Prell avait perdu la trace de son débiteur lorsque, l'ayant rencontré fortuitement en Mai dernier entre Bulle et Charmey, il fit procéder au séquestre objet du recours. Hug ayant été avec la société Hug et Chavannes en état de déconfiture notoire, il ne peut être considéré comme solvable. C'est d'ailleurs au Tribunal de la Gruyère d'apprécier l'opposition de Hug concernant la poursuite à laquelle il est en butte; ce n'est que pour le cas où les Tribunaux fribourgeois violeraient dans leur appréciation l'art. 59 de la Constitution fédérale que Hug pourrait s'adresser au Tribunal fédéral.

Dans leurs Réplique et Duplique les parties reprennent avec de nouveaux développements leurs conclusions primitives.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

Sur la fin de non-recevoir formulée en réponse :

1° Le Tribunal fédéral se trouve en présence d'un séquestre imposé sous le sceau d'un juge de paix fribourgeois sur les biens d'un citoyen qui se déclare solvable et domicilié dans un autre canton : il y a lieu, à teneur de l'art. 59 de la loi sur l'organisation judiciaire, d'entrer en matière sur ce recours, fondé sur une prétendue violation de l'art 59 de la Constitution fédérale.

La circonstance que les Tribunaux fribourgeois sont également nantis d'une exception par laquelle le recourant conteste leur compétence peut d'autant moins empêcher le Tribunal de céans d'examiner la cause actuelle, que le procès pendant devant l'instance fribourgeoise a été suspendu, à la requête et avec l'assentiment des deux parties, jusqu'après la décision du Tribunal fédéral.

Au fond :

2° L'art. 59 de la Constitution fédérale statue que pour réclamations personnelles le débiteur solvable ayant domicile en Suisse doit être recherché devant le juge de son domicile, et que ses biens ne peuvent en conséquence être saisis ou séquestrés hors du canton où il est domicilié.

3° Le séquestre contre lequel le recours est dirigé a été exécuté ensuite d'une réclamation évidemment personnelle. Il n'est pas davantage contesté que le séquestré ne soit domicilié à Berne depuis environ trois ans ; le fait de ce domicile est d'ailleurs établi par une déclaration de l'inspecteur de police de Berne, produite au dossier, d'où il appert que l'ingénieur Hug demeure et a son ménage dans cette ville depuis le 24 Décembre 1877.

4° La seule question qui reste encore à résoudre dans l'espèce, pour justifier l'invocation de l'art. 59 de la Constitution fédérale par le recourant, est celle de la solvabilité de celui-ci.

Or on ne peut prétendre que Hug doive être considéré comme insolvable dans le sens du dit article.

Il paraît, il est vrai, résulter des pièces du dossier que l'association Hug et Chavannes a quitté Bulle dans le courant de 1868 en laissant des dettes impayées, et que diverses poursuites ont été dirigées contre elle à cette époque. Ce fait n'emporte néanmoins pas la démonstration que Hug se trouve, personnellement et actuellement, hors d'état de pouvoir faire face à ses engagements. Rien, en particulier, ne prouve qu'une tentative infructueuse ait été faite à son domicile à Berne dans le but de le contraindre au payement de la dette dont il s'agit. Jusqu'à ce qu'une preuve de ce genre ait été apportée, Hug doit bénéficier de la présomption de solvabilité dans le sens de l'art. 59 précité.

5° Il résulte de ce qui précède que Hug, réalisant toutes les conditions du dit article, doit être recherché, le cas échéant, devant le juge bernois, et que le séquestre pratiqué sur ses biens dans le Canton de Fribourg ne saurait subsister.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est fondé. En conséquence le séquestre pratiqué le 10 Mai 1880, sous le sceau de Juge de Paix de Charmey, au préjudice et sur les biens de Hermann Hug, à Berne, est déclaré nul et de nul effet.

Zweiter Abschnitt. — Deuxième section.

Bundesgesetze. — Lois fédérales.

I. Organisation der Bundesrechtspflege.

Organisation judiciaire fédérale.

93. Urtheil vom 6. November 1880 in Sachen Kurr.

A. Karl Albert Kurr, würtembergischer Staatsangehöriger und Premierlieutenant, ließ sich im Jahre 1878 im Kanton Thurgau nieder, wo er das Gut Moosburg gekauft hatte, auf welchem er seither, nachdem er am 25. November 1879 seinen Abschied aus der deutschen Armee erhalten, gewohnt hat. Auf eine gegen ihn seitens seiner Ehefrau Maria Kurr geb. van Gennep bei dem königlich würtembergischen Landgerichte in Stuttgart anhängig gemachte Ehescheidungsklage erkannte die II. Civilkammer des genannten Gerichtshofes am 11. Juni 1880, nachdem der Beklagte eingewendet hatte, daß er seinen Wohnsitz und mithin seinen allgemeinen Gerichtsstand im Kanton Thurgau habe, das deutsche Gericht also nicht kompetent sei, für Recht: Klägerin werde wegen Unzuständigkeit von hier abgewiesen und in die Prozeßkosten verfällt. Dabei ging das Gericht davon aus, der Beklagte habe zur Zeit der Zustellung der Klage seinen Wohnsitz und mithin seinen allgemeinen Gerichtsstand in Moosburg, Kantons Thurgau, gehabt, und führte im Fernern aus, daß, nach Mitgabe der Vorschriften der deutschen Reichscivilprozeßordnung, das Scheidungsurtheil eines Schweizergerichtes als gültig anzuerkennen sei, wenn zur Zeit der Erhebung der Scheidungsklage der Ehemann seinen allgemeinen Gerichtsstand, insbesondere also wenn er seinen Wohnsitz im Sprengel des be-

treffenden Schweizergerichtes gehabt habe und daß das in dieser Hinsicht in verschiedenen deutschen Staaten früher geltende Recht, wonach nur die Staatsangehörigkeit des Ehemannes die Zuständigkeit des Scheidungsrichters begründen konnte, durch die R.-C.-P.-O. schlechthin aufgehoben sei.

B. Frau Maria Kurr geb. van Gennep nahm hierauf die Klage beim Landgerichte in Stuttgart zurück und machte dieselbe beim Bezirksgerichte Kreuzlingen, in dessen Sprengel das Gut Moosburg gelegen ist, anhängig. Zum Zwecke des Nachweises, daß ein vom schweizerischen Richter zu erlassendes Scheidungsurtheil im Heimatstaate der Ehegatten werde anerkannt werden, berief sie sich auf Art. 568 der deutschen R.-C.-P.-O., auf das Urtheil der II. Civilkammer des Landgerichtes in Stuttgart vom 11. Juni 1880, sowie auf ein an ihren Anwalt gerichtetes Reskript des k. würtembergischen Justizministeriums vom 24. Juni 1880, in welchem erklärt wird, daß, sofern der Ehemann Kurr seinen Wohnsitz in Moosburg habe, nach der Ansicht des Justizministeriums einem von der Klägerin beim schweizerischen Bezirksgerichte Kreuzlingen, als dem Gerichte des Wohnsitzes des Ehemannes, nach ordnungsmäßiger Ladung des letztern, erwirkten rechtskräftigen Urtheil auf Scheidung der Ehe die Anerkennung der Gültigkeit seitens der würtembergischen Gerichte nicht zu versagen sein würde. Im Streitfalle würde übrigens über diese Frage nicht von dem Justizministerium, sondern von den Gerichten zu entscheiden sein. Der Beklagte seinerseits dagegen bestritt, daß hiedurch der in § 56 des Bundesgesetzes über Civilstand und Ehe verlangte Nachweis der Anerkennung des vom schweizerischen Gerichte zu erlassenden Scheidungsurtheils durch den Heimatsstaat der Eheleute erbracht sei und stellte demnach der Klage die Einwendung der Inkompetenz des Gerichtes entgegen. Das Bezirksgericht Kreuzlingen verwarf indeß durch Urtheil vom 23. August 1880 diese Einwendung und auch das Obergericht des Kantons Thurgau erkannte, auf Berufung des Beklagten hin, durch Urtheil vom 2. Oktober 1880 über die Rechtsfrage: Ist das Bezirksgericht Kreuzlingen zur Entscheidung der von der Klägerin bei demselben eingereichten Ehescheidungsklage kompetent: 1) Sei die Rechtsfrage bejahend entschieden;

2) bezahle Appellant ein zweitinstanzliches Gerichtsgeld von 40 Fr. und habe er die Appellatin an ihre Appellationskosten mit 30 Fr. zu entschädigen.

C. Gegen diese Entscheidung erklärte K. A. Kurr gemäß Art. 29 und 30 des Bundesgesetzes über Organisation der Bundesrechtspflege die Weiterziehung an das Bundesgericht, indem er die Anträge stellte, es solle 1) ausgesprochen werden, der thurgauische Richter dürfe zur Zeit die Ehescheidungsklage der Frau Maria Kurr geb. van Gennep aus Stuttgart nicht an die Hand nehmen, und 2) es seien die Gerichtsgebühren der Klägerin aufzuerlegen und dieselbe anzuhalten, dem Beklagten eine angemessene Entschädigung zu leisten.

D. Bei der heutigen Verhandlung führt der Vertreter des Beklagten und Rekurrenten in eingehender Erörterung aus, daß keineswegs dargethan sei, daß ein vom thurgauischen Richter zu erlassendes Ehescheidungsurtheil im Heimatstaate der Eheleute anerkannt werden würde und hält die gestellten Anträge aufrecht. Der Vertreter der Klägerin und Rekurrentin dagegen sucht darzuthun, daß der fragliche Nachweis allerdings erbracht sei und beantragt, es sei das Urtheil des Obergerichtes des Kantons Thurgau vom 2. Oktober 1880 zu bestätigen unter Kostenfolge.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Obschon in dieser Richtung eine Einwendung seitens der Rekursbeklagten nicht erhoben worden ist, so muß doch in erster Linie geprüft werden, ob das vom Beklagten und Rekurrenten gegen die Entscheidung des Obergerichtes des Kantons Thurgau vom 2. Oktober abhin ergriffene Rechtsmittel der Weiterziehung an das Bundesgericht gemäß Art. 29 und 30 des Bundesgesetzes über Organisation der Bundesrechtspflege überhaupt statthaft sei. Diese Frage nun ist unbedingt zu verneinen. Denn: Nach Art. 29 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Organisation der Bundesrechtspflege kann beim Bundesgerichte die Abänderung des letztinstanzlichen kantonalen Haupturtheils nachgesucht werden. Als Haupturtheil aber qualifizirt sich lediglich eine die Hauptsache materiell erledigende Entscheidung, keineswegs dagegen ein bloß präparatorisches oder Zwischenurtheil oder eine Entscheidung über eine prozeßhindernde Einrede, bezw. das Vor-

handensein einer Prozeßvoraussetzung. (Vergl. Entscheid des Bundesgerichtes i. S. Eheleute Weidmann vom 12. April 1879, amtl. Samml. V S. 262 u. ff.) Dies ergibt sich unzweideutig aus dem Wortlaute des Gesetzes (vergl. die Fassung des französischen Textes « jugement au fond »), sowie aus dem Zwecke, den der Gesetzgeber bei Einführung des Rechtsmittels der Weiterziehung an das Bundesgericht verfolgte, welcher offenbar dahin ging, die Einheitlichkeit der Anwendung des eidgenössischen materiellen Privatrechtes zu sichern. Nun enthält das angefochtene Urtheil des thurgauischen Obergerichtes vom 2. Oktober keine Entscheidung in der Sache selbst, sondern lediglich einen Entscheid über die Zuständigkeit des Gerichtes; sie qualifizirt sich somit keineswegs als Haupturtheil und es kann also gegen dieselbe das Rechtsmittel der Weiterziehung an das Bundesgericht nicht ergriffen werden.

2. Ist somit das vom Beklagten und Rekurrenten ergriffene Rechtsmittel ein unstatthaftes, so kann auf die Beschwerde überhaupt nicht eingetreten werden. Es ist nämlich zwar zuzugeben, daß Beklagter gegen die angefochtene Entscheidung des Obergerichtes des Kantons Thurgau den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht gemäß Art. 59 litt. a des Bundesgesetzes betreffend Organisation der Bundesrechtspflege hätte ergreifen und die Beschwerde auf diesem Wege zur Entscheidung durch das Bundesgericht hätte bringen können. Denn der Gerichtsstand in Ehescheidungssachen überhaupt und speziell die Zuständigkeit der einheimischen Gerichte für Ehescheidungssachen von Ausländern ist durch das Bundesgesetz über Civilstand und Ehe vom 24. Christmonat 1874, also durch ein in Ausführung der Bundesverfassung erlassenes Bundesgesetz (Art. 43 und 56 desselben), normirt. Gegen daherige Entscheidungen kantonaler Behörden ist also gemäß Art. 59 litt. a des Bundesgesetzes betreffend Organisation der Bundesrechtspflege der staatsrechtliche Rekurs an das Bundesgericht wegen Verletzung eines durch die Bundesgesetzgebung gewährleisteten Rechtes statthaft, da durch die in Frage stehenden bundesrechtlichen Normen zweifellos ein Recht des Einzelnen begründet wird des Inhaltes, einerseits bei dem bundesgesetzlich zuständigen Richter eine Ehescheidungsklage anbringen

zu können, anderseits sich vor keinem andern als dem bundesgesetzlich zuständigen Gerichte und unter den bundesgesetzlich vorgeschriebenen Voraussetzungen auf eine Ehescheidungsklage einlassen zu müssen. Allein Beklagter hat nicht das Rechtsmittel des staatsrechtlichen Rekurses, sondern vielmehr dasjenige der Weiterziehung nach Art. 29 des Bundesgesetzes betreffend Organisation der Bundesrechtspflege ergriffen und es geht nun offenbar nicht an, dem von der Partei ergriffenen Rechtsmittel bei der Urtheilsfällung ein anderes, von ihr nicht ergriffenes, zu substituiren, zumal da bei Behandlung staatsrechtlicher Rekurse die Stellung des Bundesgerichtes als Staatsgerichtshof in Bezug auf Erhebung der Beweise und Feststellung des Thatbestandes eine andere und freiere ist, als die ihm als Civilgericht bei Beurtheilung einer civilrechtlichen Weiterziehung angewiesene. (Vergl. einerseits Art. 61, anderseits Art. 30 leg. cit.)

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Auf die Weiterziehung des Beklagten wird nicht eingetreten[1]).

Unzulässige Rekurse. — Recours inadmissibles.

Siehe Nr. 96 dieser Sammlung.

II. Abtretung von Privatrechten.

Expropriation.

94. Urtheil vom 27. November 1880 in Sachen Brienz gegen Hauser.

A. Durch Vertrag vom 5. Juni 1878 räumte die Einwohnergemeinde Brienz dem Karl Hauser-Blattmann zum Gießbach für seine Gießbachbesitzung das dingliche Recht ein, in ihrer

[1]) Siehe ferner N° 107 dieser Sammlung.

Unterholzwaldung nach dem darüber aufgenommenem Plane eine Drahtseilbahn anzulegen. In diesem Vertrage ist u. A. sub 2 c und d bestimmt: „Sowohl bei der Aussteigehalle am „Gießbach als beim See soll die freie Kommunikation gewahrt „bleiben und soll die polizeiliche Ordnung gehandhabt werden, „wie sie auf schweizerischen Bahnhöfen vorschriftlich ist.

„Das Gemeindeterrain westlich der Bahnanlage am See, „darf nicht von derselben durch Mauern ganz abgesperrt werden, „sondern soll mit demselben durch einen zweckmäßig angelegten „Uebergang verbunden sein."

B. Nachdem nun die Gebrüder Hauser zum Gießbach durch Bundesbeschluß vom 18. Dezember 1878 die Konzession für den Bau und Betrieb einer mittelst Wasserkraft zu betreibenden Drahtseilbahn vom Ufer des Brienzersees bis zu dem Gasthof zum Gießbach erworben hatten, schritten dieselben zur Ausführung des Baues. Auf eine sachbezügliche Reklamation seitens der Einwohnergemeinde Brienz und der Gebrüder Flück ordnete indeß das schweizerische Post- und Eisenbahndepartement nachträglich die bis dahin unterbliebene öffentliche Auflage der Pläne an und es reichten nun während der Planauflagefrist die Einwohnergemeinde Brienz und die Gebrüder Flück Eingaben ein, in welchen sie verschiedene Einsprachen formulirten. Eine von einem Delegirten des schweizerischen Post- und Eisenbahndepartementes geleitete Konferenz zu Anbahnung einer Verständigung zwischen den Parteien führte zu einer Einigung derselben über einzelne Punkte, dagegen konnte in Betreff zweier Punkte, nämlich in Betreff der Einrichtung des Landungs- und des Stationsplatzes am See und des Verbindungsweges zwischen dem westlich der Bahnanlage gelegenen Terrain der Einwohnergemeinde Brienz (Unterholzwaldung) und dem Bahnhofe resp. dem Landungsplatze, eine Einigung nicht erzielt werden. Bezüglich der Einrichtung des Stations- und Landungsplatzes stellten die Einsprecher anläßlich der abgehaltenen Konferenz folgende Forderung: „Die Barrieren zum Schiffe sind zu entfernen; die Billetausgabe ist an geeigneterer Stelle anzubringen; der dadurch frei werdende Platz, welcher als Halle I. Klasse dient, ist als öffentlicher Platz zu erklären behufs freier ungehinderter Kommunikation von und zum

Schiffe und zur Bahn. In Folge dessen ist auch die Bank für die Milchträger wegzuschaffen. Die Gemeinde Brienz verpflichtet sich, auf diesem Platze die Polizei zu handhaben und ein sachbezügliches Reglement aufzustellen."

Bezüglich des Verbindungsweges mit dem Unterholz sodann machte die Einwohnergemeinde geltend: In erster Linie entspreche der angebrachte Durchgang grundsätzlich dem Vertrage vom 5. Juni 1878 (s. Fakt. A) weder dem Wortlaute noch dem Sinne nach. Unter dem Worte „Uebergang" sei ein außerhalb des Bahnkörpers gelegener freier Durchgang verstanden gewesen, der der Natur der Sache nach also unten am See, untenher der Bahn, anzubringen gewesen sei. Die Bahnanlage wäre also hinaufzurücken und der Uebergang an der unterhalb der Bahn frei werdenden Stelle anzubringen.

Sollte das Gericht finden, es könne mit Rücksicht auf die geschaffene Sachlage die Bahnanlage nicht verändert werden, so werde für diesen Fall verlangt: a. eine Entschädigung von 20000 Fr.; b. Belassung des erstellten Durchganges, jedoch unter der Bedingung, daß der westlich gelegene Ausgang mit dem sogenannten Unterholz der Gemeinde Brienz in zweckmäßige Verbindung gebracht werde. Sollte das Gericht finden, es sei grundsätzlich der erstellte Durchgang dem Vertrage entsprechend, so werde verlangt, daß derselbe zweckmäßiger angelegt werde in folgender Weise: a. Ausweitung auf 10′ Breite; b. zweckmäßige Verbindung des westlichen Ausganges mit dem sogenannten Unterholz der Gemeinde Brienz; c. Pflasterung des Durchganges."

C. Nachdem über diese Punkte die angebahnten Verständigungsversuche fruchtlos geblieben waren, stellten die Einwohnergemeinde Brienz und die Gebrüder Flück beim Bundesgerichte vermittelst Eingabe vom 30. Juni 1880 das Gesuch: Es möchte in Sachen das vom eidgenössischen Expropriationsgesetze vorgeschriebene Verfahren eingeleitet und dadurch den Einsprachen der Einwohnergemeinde Brienz und der Gebrüder Flück, insoweit dieselben ihre gütliche Erledigung nicht gefunden haben, Rechnung getragen werden. Zur Begründung wird auf die einschlagenden Bestimmungen des Vertrages vom 5. Juni 1878 und überdem darauf verwiesen, daß die Einrichtung des Stations-

und Landungsplatzes auch gesetzlichen Bestimmungen nicht entspreche.

D. In ihrer Vernehmlassung machen die Gebrüder Hauser zum Gießbach wesentlich geltend: Die Beschwerde betreffend Einrichtung des Stations- und Landungsplatzes und die Handhabung der Polizei auf demselben falle nicht in das Ressort des Bundesgerichtes, sondern in dasjenige der Administrativbehörden, in letzter Instanz des Bundesrathes. Auch bezüglich der Beschwerde betreffend den Uebergang nach dem Unterholz sei die Einleitung eines Expropriationsverfahrens nicht nöthig, sondern dieselbe, wenn sie nicht an die zuständigen kantonalen Gerichte verwiesen werden wolle, vom Bundesgerichte im ordentlichen Civilprozeßverfahren zu erledigen. Denn es handle sich dabei gar nicht um eine Expropriation, sondern lediglich um die Frage, ob der ausgeführte Uebergang dem zwischen der Einwohnergemeinde Brienz und den Gebrüdern Hauser am 5. Juni 1878 abgeschlossenen Vertrage entspreche. Letzteres sei nun, wie des nähern ausgeführt wird, allerdings der Fall. Endlich sei noch zu bemerken, daß jedenfalls die Gebrüder Flück zur Beschwerde gar nicht legitimirt seien, da ihre Rechte durch die Ausführung der Drathseilbahn am Gießbach gar nicht berührt worden seien und sie auch bei Abschluß des Vertrages vom 5. Juni 1878 nicht mitgewirkt haben. Hierauf gestützt wird beantragt:

1. Es sei auf das Gesuch der Einwohnergemeinde Brienz und der Gebrüder Flück zu Einleitung des vom eidgenössischen Expropriationsgesetze vorgesehenen Verfahren nicht einzutreten, eventuell: es sei dieses Gesuch abzuweisen, beides unter Kostenfolge;

2. für den Fall, daß der Gerichtshof zwar auf Einleitung des Expropriationsverfahrens nicht eintreten, dagegen die zwei Klagepunkte im gewöhnlichen Prozeßverfahren an die Hand nehmen sollte:

a. es sei auf den im gegnerischen Gesuch unter 2 angeführten Klagepunkt, betreffend Bahnhof und Bahnpolizei, wegen Inkompetenz nicht einzutreten, eventuell: es sei die Gegenpartei abzuweisen;

b. es sei die Gegenpartei auch mit dem unter 1 angeführten Klagepunkt abzuweisen; alles ebenfalls unter Kostenfolge.

E. In ihrer Replik beantragen die Impetranten Abweisung der von der Gegenpartei gestellten Anträge unter Kostenfolge, indem sie bemerken: Wenn die Gebrüder Hauser die Planauflage zur gesetzlichen Zeit d. h. vor Ausführung des Bahnbaues veranstaltet hätten, so hätten die Impetranten ihre Ansprüche auf dem Wege der Einsprache geltend machen können, und dieselben hätten dann im Expropriationsverfahren ihre Erledigung gefunden, wobei allerdings der Vertrag vom 5. Juni 1878 als Entscheidungsnorm in Betracht gekommen wäre; das gleiche müsse auch jetzt noch gelten. Die Einwendung der Gegenpartei, daß die Frage betreffend die Einrichtung des Bahnhof- und Landungsplatzes und der Zugänge zu demselben vom Bundesrathe zu entscheiden sei, erscheine nicht als richtig, vielmehr sei auch über die diesfällige gesetzliche Verpflichtung des Eisenbahnunternehmers im Expropriationsverfahren zu entscheiden. Die Gebrüder Flück besitzen oberhalb der Gießbachbesitzung ein Hotel, von welchem ein Weg nach dem sogenannten Unterholze der Gemeinde Brienz und da zur Bahn und zum Schiffe führe. Dieses ihr Wegrecht werde nun durch die Bahnanlage in Frage gestellt und sie seien daher allerdings legitimirt im Expropriationsverfahren klagend aufzutreten.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Das Begehren der Impetranten ist in erster Linie dahin gerichtet, daß zu Erledigung ihrer Ansprüche das im Bundesgesetze betreffend Verbindlichkeit zur Abtretung von Privatrechten vorgeschriebene Verfahren eingeleitet d. h. daß eine Schatzungskommission eingesetzt und dieselbe sodann zu Behandlung der geltend gemachten Ansprüche zusammenberufen werde. Es handelt sich mithin weder um eine Beschwerde gegen eine Schatzungskommission noch liegt ein staatsrechtlicher Rekurs gegen eine Verfügung einer kantonalen Behörde wegen Verletzung eines durch die Bundes- oder Kantonalverfassung oder durch die Bundesgesetzgebung gewährleisteten Rechtes, gemäß Art. 59 des Bundesgesetzes über Organisation der Bundesrechtspflege, vor. Vielmehr geht das Begehren der Impetranten dahin, daß das Bundesgericht die Einleitung des im eidgenössischen Expropriationsgesetze vorgesehenen Expropriationsverfahrens in Bezug auf die Eisenbahn-

unternehmung der Drahtseilbahn vom Brienzersee zum Hotel Gießbach seinerseits erst anordne. Hiezu ist nun aber das Bundesgericht nicht kompetent, denn: die Entscheidung darüber, ob für die Ausführung eines öffentlichen Werkes die Vorschriften der Bundesgesetzgebung betreffend Verbindlichkeit zur Abtretung von Privatrechten Anwendung zu finden haben und demnach das denselben entsprechende Verfahren einzuleiten sei, steht zweifellos nicht dem Bundesgerichte, sondern den politischen Behörden des Bundes (Bundesrath und Bundesversammlung) zu. Nun ist im vorliegenden Falle für die Drahtseilbahn vom Brienzersee zum Hotel Gießbach die Anwendung des bundesgesetzlichen Expropriationsverfahrens nicht verfügt und demnach insbesondere eine Schatzungskommission nicht eingesetzt worden und zwar geschah dies, wie aus der sachbezüglichen Botschaft des Bundesrathes an die Bundesversammlung (B. Blatt 1878 IV S. 373) hervorgeht, deshalb nicht, weil bei der Konzessionsbewerbung die Unternehmer der fraglichen Eisenbahn ausdrücklich erklärten, daß sie ein Expropriationsrecht für den Bau der Bahn nicht beanspruchen, wie es denn auch bei der Natur dieser Eisenbahnunternehmung, welche in erster Linie jedenfalls nur privaten Interessen beziehungsweise dem Verkehr des Hoteletablissements der Impetranten dient, zweifelhaft sein mußte, ob für dieselbe das Expropriationsrecht überhaupt zu ertheilen sei. Es bestimmt nun allerdings Art. 12 des Bundesgesetzes betreffend Bau und Betrieb der Eisenbahnen ganz allgemein, daß die Bestimmungen der Bundesgesetzgebung betreffend Verbindlichkeit zur Abtretung von Privatrechten auf alle vom Bunde konzedirten Eisenbahnen Anwendung finden, allein angesichts der erwähnten ausdrücklichen Erklärung der Konzessionspetenten anläßlich der Konzessionsbewerbung muß es immerhin zum mindesten zweifelhaft sein, ob den Konzessionären der Drahtseilbahn vom Brienzersee zum Hotel Gießbach durch die Konzession das Expropriationsrecht habe ertheilt werden wollen und ob mithin die Bestimmungen des Bundesgesetzes betreffend Verbindlichkeit zur Abtretung von Privatrechten hier überhaupt anwendbar seien. Hierüber ist aber, wie bemerkt, nicht vom Bundesgerichte, sondern von den politichen Behörden des Bundes zu entscheiden.

2. Kann somit schon aus diesem Grunde auf das Begehren der Impetranten nicht eingetreten werden, so ist aber im fernern zu bemerken, daß auch materiell die eidgenössische Gerichtsbehörde zur Entscheidung über die von den Impetranten geltend gemachten Beschwerden keinenfalls kompetent wäre. Denn

a. Was zunächst die Beschwerde betreffend die Einrichtung des Stations- und Landungsplatzes und der Zugänge zu demselben anbelangt, so ist dieselbe, sofern dabei von dem zwischen der Einwohnergemeinde Brienz und den Impetranten am 5. Juni 1878 abgeschlossenen Vertrage und den dadurch angeblich begründeten besondern vertraglichen Verpflichtungen der letztern abgesehen wird, offenbar keineswegs privatrechtlicher sondern lediglich polizeilicher Natur und es steht also die Entscheidung darüber nicht den Gerichten, sondern den Administrativbehörden zu; sofern dagegen der diesbezügliche Anspruch auf die Bestimmungen des Vertrages vom 5. Juni 1878 gestützt wird, so handelt es sich überall nicht um einen auf die Enteignung kraft des Expropriationsgesetzes begründeten und daher im Expropriationsverfahren zu erledigenden Anspruch, sondern um einen Anspruch, welcher auf besondere zwischen den Parteien angeblich vertragsmäßig begründete und demnach keineswegs aus der Enteignung fließende Rechtsbeziehungen gestützt wird, und über welchen daher ausschließlich die zuständigen kantonalen Gerichte zu entscheiden haben.

b. Letzteres trifft auch bezüglich der Beschwerde betreffend die Gestaltung des die Verbindung mit der Unterholzbesitzung der Gemeinde Brienz vermittelnden Bahnüberganges zu.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Auf das Gesuch der Impetranten wird wegen Inkompetenz des Gerichtes nicht eingetreten.

III. Auslieferung von Verbrechern und Angeschuldigten.

Extradition de criminels et d'accusés.

95. *Arrêt du 3 Décembre 1880 dans la cause Sulzer.*

Sous date du 31 Octobre 1879, Edouard Sulzer, de Meyringen, aubergiste à Gstaad, près Gessenay (Berne), a adressé au Juge de paix de Payerne une plainte contre Frédéric Quidort, agent de la Banque cantonale vaudoise à Payerne, pour fausse signature apposée sur un billet de 1500 francs du 26 Janvier 1879, échéant le 26 Juillet suivant.

Ensuite de l'enquête instruite à ce sujet, le Juge d'instruction du canton de Vaud, par ordonnance du 9 Février 1880, a décidé qu'il n'y avait pas lieu à suivre à la dite plainte; communication de cette décision fut donnée au plaignant Sulzer par office du même jour.

Quidort ayant le 3 Mars 1880 porté plainte de son côté contre Sulzer, le Tribunal d'accusation du canton de Vaud, par arrêt du 13 Avril 1880, a renvoyé Sulzer devant le Tribunal correctionnel du district de Payerne comme accusé de plainte calomnieuse, délit auquel paraissent applicables les art. 262 et 23 du Code pénal.

Par mandat du 23 Avril suivant, le Président du Tribunal correctionnel précité somme Edouard Sulzer d'avoir à se constituer prisonnier, dans un délai de trois mois échéant le 27 Juillet 1880, dans les prisons du district de Payerne, avec avis que pour le cas où l'accusé ne se présenterait pas dans le dit délai, il serait passé outre au jugement par défaut.

Par décision du 1er Mai 1880, la Chambre d'accusation du canton de Berne a autorisé la notification à Sulzer du mandat susvisé, toutefois sous la réserve expresse, en faveur du dit Sulzer, de tous ses droits pour protester, le cas échéant, contre les procédés des autorités vaudoises à son égard.

Par acte du 23 Juillet 1880, Sulzer a en effet expressément protesté contre les dits procédés, auprès de la Chambre d'ac-

cusation du canton de Berne, en se réservant, pour le cas où une condamnation par contumace interviendrait contre lui dans le canton de Vaud, de recourir à l'autorité fédérale.

Le Tribunal correctionnel de Payerne, auquel cette protestation fut transmise le 31 dit, estimant qu'elle ne saurait être admise comme un recours régulier adressé à l'autorité vaudoise compétente, a, dans son audience du 10 Août 1880, décidé de passer outre et de suivre au jugement de la cause.

Statuant le dit jour, et considérant que Sulzer est coupable d'être l'auteur d'une plainte calomnieuse ayant pour objet un fait de nature à entraîner contre Frédéric Quidort une réclusion de plus de trois ans, le dit Tribunal, en application de l'art. 262 du Code pénal, a condamné par défaut le prénommé Sulzer à quatre mois de réclusion, à deux cents francs d'amende et aux frais, ainsi qu'à trois cents francs de dommages-intérêts envers Quidort.

C'est contre ce jugement que Sulzer a recouru au Tribunal fédéral. Il conclut à ce qu'il lui plaise le déclarer nul et de nul effet.

A l'appui de cette conclusion le recourant fait valoir en résumé les considérations suivantes :

La plainte calomnieuse concernant le délit de faux est au nombre des délits pour lesquels l'extradition peut être accordée ou un jugement peut être prononcé par le canton requis, à teneur des art. 1 et 2 de la loi fédérale sur l'extradition de malfaiteurs ou d'accusés du 24 Juillet 1852. Aux termes de ces articles, il est clair que le canton du délit ne peut procéder par contumace contre l'accusé ressortissant d'un autre canton et établi dans cet autre canton, sans avoir au préalable réclamé l'extradition du dit accusé ; pour le cas où le canton requis s'engage à le faire juger et punir à teneur de ses lois, le canton requérant doit s'abstenir de toute poursuite ultérieure. La jurisprudence des autorités fédérales s'est constamment prononcée dans ce sens. Le recourant est Bernois et établi dans le canton de Berne ; avant que de procéder contre lui au pénal dans le canton de Vaud, ce canton eût dû réclamer son extradition du canton de Berne. En n'obtem-

pérant pas à cette prescription, les autorités vaudoises ont commis une violation de l'art. 58 de la Constitution fédérale, ou tout au moins d'un droit garanti par la loi fédérale du 24 Juillet 1852, promulguée en exécution de cette Constitution, à savoir du droit de l'accusé de faire trancher par le gouvernement de son canton la question de savoir si son extradition doit être accordée, et, le cas échéant, d'être jugé par les tribunaux de ce canton.

Le recours ayant été communiqué au Tribunal de Payerne, l'Etat de Vaud oppose d'abord au recours les fins de non-recevoir ci-après :

a) En portant plainte contre Quidort dans le canton de Vaud, Sulzer a accepté la juridiction vaudoise pour toutes les conséquences directes de cette plainte et entre autres pour l'appréciation pénale qui peut en être faite.

b) Sulzer n'a exercé aucun recours contre l'ordonnance de mise en accusation, bien qu'il l'ait connue longtemps avant le jugement. Il doit être considéré dès lors comme ayant accepté cette ordonnance.

c) C'est à tort que le recourant s'adresse au Tribunal fédéral avant d'avoir épuisé les instances cantonales.

Au fond l'Etat de Vaud conclut au rejet du recours, en disant :

a) La thèse du recourant est inconstitutionnelle. La justice pénale appartient exclusivement aux cantons, sous la seule réserve de l'art. 65 de la Constitution fédérale, qui abolit les peines corporelles.

b) La thèse du recourant est contraire à la lettre et à l'esprit de la loi fédérale sur l'extradition. Cette loi n'a pas eu pour but de déplacer le for des délits, en obligeant le canton où ils ont été commis à renoncer à les juger, lorsque l'auteur s'est refugié dans le canton où il habite ou d'où il ressort et que ce dernier s'oblige à le poursuivre. Vaud ne demandant pas l'extradition de Sulzer, il se borne à user de sa souveraineté en matière pénale en faisant juger cet accusé par contumace.

c) La thèse du recourant est contraire au principe que

le délit doit être poursuivi et jugé au lieu où il a été commis. L'exception que permet la loi de 1852 doit être restreinte dans les limites posées par cette loi elle-même; et il doit toujours être facultatif au canton où le délit a été commis de le faire juger, sauf à lui à ne pas exiger l'extradition.

d) Enfin l'extension donnée par le recours à la réserve posée dans la loi de 1852 est comme une exagération de la souveraineté des cantons. Elle prétend que le Bernois sera régi et protégé par la loi de Berne, même lorsqu'il commet un délit dans un autre canton, et que s'il parvient à s'enfuir chez lui, le canton lésé sur son territoire devra s'incliner devant la loi de Berne.

Dans leurs Réplique et Duplique, le recourant ainsi que l'Etat de Vaud reprennent avec de nouveaux développements leurs conclusions respectives.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

Sur les fins de non-recevoir formulées en réponse :

1° C'est à tort que l'opposant au recours estime que la plainte portée par Sulzer contre Quidort dans le canton de Vaud est attributive de la juridiction vaudoise, ou implique l'acceptation, par le recourant, de cette juridiction en ce qui concerne la plainte de Quidort contre Sulzer.

Ces plaintes, bien qu'elles se trouvent au point de vue de leur origine dans un certain rapport de cause à effet, ne sauraient toutefois être considérées comme connexes dans le sens prétendu par l'Etat de Vaud. Il est en effet constant que la première d'entre elles avait reçu, le 9 Février 1879 déjà, sa solution définitive par l'ordonnance de non-lieu émanée du Juge d'instruction, tandis que la plainte de Quidort n'a été déposée que le 3 Mars suivant; il n'y a donc pas lieu d'entrer en matière sur l'argument tiré de l'allégué inexact que les plaintes en question auraient fait l'objet d'une seule et même instruction.

2° Il n'est pas plus exact de prétendre que Sulzer, par le fait qu'il n'a pas recouru contre l'arrêt du Tribunal d'accusation le renvoyant devant le Tribunal correctionnel de Payerne, doit être envisagé comme ayant accepté cette ordonnance.

Loin en effet de s'y être soumis, le recourant, usant du droit que lui avait réservé la Chambre d'accusation de Berne dans sa décision du 1er Mai 1880, a formellement protesté, le 23 Juillet suivant, en invoquant les dispositions de la loi de 1852 précitée, contre les poursuites pénales auxquelles il était en butte de la part des autorités judiciaires vaudoises.

3° C'est enfin à tort que l'Etat de Vaud estime que le recourant eût dû, avant d'adresser son recours au Tribunal fédéral, parcourir toutes les instances cantonales.

Abstraction faite de ce qu'un semblable mode de procéder eût impliqué la reconnaissance du for des tribunaux vaudois, le dit recourant ne pouvait être tenu à prendre part, dans un autre canton, à un procès pénal qu'il estimait dirigé contre lui en violation manifeste des prescriptions d'une loi fédérale. Son droit de recours au Tribunal fédéral existait en vertu de l'art. 59 de la loi sur l'organisation judiciaire, dès le moment où il estimait qu'une autorité cantonale quelconque avait, par sa décision, porté atteinte aux droits que la législation fédérale lui garantit.

Les fins de non-recevoir proposées sont rejetées.

Au fond :

4° Le délit d'accusation calomnieuse relative à un faux, délit pour lequel Sulzer a été condamné par les tribunaux vaudois, rentre à teneur de l'art. 2 de la loi fédérale du 24 Juillet 1852 dans la catégorie de ceux pour lesquels l'extradition doit être accordée.

Cette loi fédérale, à son article 1er, proclame d'abord l'obligation des cantons de procurer réciproquement l'arrestation et l'extradition des individus condamnés ou poursuivis pour un des crimes ou délits mentionnés à l'article suivant; il réserve toutefois, à son alinéa 2, le droit du canton requis de refuser l'extradition de ses ressortissants ou d'individus établis sur son territoire, à la condition qu'il s'engage à les faire juger et punir à teneur de ses lois.

La pratique constante des autorités fédérales, et en particulier du Tribunal fédéral, a reconnu que le droit d'un canton de réclamer l'extradition à teneur de la loi susvisée a comme

correspectif des devoirs, entre autres l'obligation imposée au dit canton, pour le cas où il veut poursuivre une personne établie dans un autre canton, de réclamer d'abord de ce dernier l'extradition de l'accusé. La même jurisprudence a en outre toujours statué qu'en pareil cas il n'était point loisible au canton du délit de procéder par contumace contre le prévenu, sauf à attendre, pour exécuter son jugement, que le condamné soit rentré sur son territoire. (Voir Ullmer, *Droit public*, N° 281 consid. 2, N°s 528, 529; Arrêté fédéral du 22, 28 Juillet 1857 en la cause Grübler, *Recueil officiel des lois fédérales*, V, pag. 527; Arrêts du Tribunal fédéral en les causes Mettler, Rec. off., III, 248; Keller, ibid., VI, 206; Fähndrich, VI, 212.)

Il résulte de ces précédents que le canton poursuivant est tenu de requérir l'extradition du prévenu, et qu'il n'est point autorisé à condamner de son propre chef par contumace et en éludant les garanties édictées par la loi de 1852 des personnes se trouvant par le fait de leur établissement dans un autre canton au bénéfice du droit d'être jugées, le cas échéant, selon la législation de ce dernier.

Il y a d'autant moins lieu d'inaugurer une autre jurisprudence en cette matière que l'interprétation de l'art. 1er de la loi de 1852, dans le sens que lui donne l'Etat de Vaud, de la liberté absolue d'un canton de procéder par contumace contre un accusé ressortissant d'un autre canton ou établi dans cet autre canton, aurait pour effet, dans la plupart des cas, de suspendre indéfiniment ou même de rendre incertaine la prompte répression des délits commandée par l'intérêt de la société et de la justice.

5° Le reproche adressé par l'opposant au recours à la théorie qui précède et consistant à dire qu'une semblable interprétation porte atteinte à la souveraineté des cantons en matière pénale et rend la loi de 1852 inconstitutionnelle n'est pas fondé.

Il est de l'essence d'une loi contraignant un Etat à extrader les malfaiteurs réfugiés sur son territoire d'apporter une limite à la souveraineté absolue de cet Etat. La loi de 1852,

en édictant un pareil amoindrissement dans l'intérêt général, n'a point cependant porté une atteinte inconstitutionnelle à la souveraineté des cantons, puisque cette loi a été promulguée en application directe de l'art. 55 de la Constitution fédérale de 1848 (67 de la Const. féd. actuelle), lequel réserve à la législation fédérale de statuer sur l'extradition des accusés d'un canton à l'autre.

6° Le recourant est à la fois ressortissant de Berne et établi dans ce canton ; il en résulte que, si le canton de Vaud veut le poursuivre pour un des délits énumérés à l'art. 2 de la loi de 1852, ses autorités ont l'obligation, avant de procéder contre Sulzer à teneur des lois vaudoises, de requérir au préalable son extradition de Berne, après quoi ce dernier Etat aura l'alternative, aux termes de l'art. 1 al. 2 de la dite loi, ou bien d'accorder l'extradition demandée, ou bien de faire juger et punir le prédit Sulzer conformément aux lois bernoises :

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est fondé. En conséquence le jugement rendu par le Tribunal correctionnel de Payerne le 10 Août 1880 est déclaré nul et de nul effet.

Dritter Abschnitt. — Troisième section.

Konkordate. — Concordats.

In Konkurssachen. — Droit de concours dans les faillites.

96. Urtheil vom 5. November 1880 in Sachen Spycher.

A. Albrecht Spycher von Köniz, Müllermeister im Kehr zu Oberbalm, Kantons Bern, war mit seinem Bruder Rudolf Spycher Miteigenthümer eines landwirthschaftlichen Gutes sammt Betriebsinventar zu Rechthalten im freiburgischen Sensebezirk. Nachdem nun im Jahre 1877 über Albrecht Spycher in Bern der Konkurs eröffnet worden war, richtete der Massaverwalter in diesem Konkurse an das Gerichtspräsidium des freiburgischen Sensebezirkes in Tafers das Ansuchen um Liquidation des im dortigen Bezirke gelegenen Vermögens des Gemeinschuldners. Da gleichzeitig auch über den in Rechthalten domizilirten Rudolf Spycher dort der Konkurs eröffnet worden war, so wurde diesem Begehren in der Weise entsprochen, daß das in Rechthalten gelegene Vermögen der beiden Brüder Spycher gemeinsam liquidirt wurde. In dem Klassifikationsprojekte für den im Kanton Freiburg durchgeführten Konkurs war nun ein Gläubiger (August Kesselring in Romanshorn), der für zwei Wechselforderungen an die Brüder Spycher im Gesammtbetrage von 4875 Fr. vor Ausbruch des Geltstages des Rudolf Spycher die Betreibung, indessen anscheinend nur gegen Rudolf Spycher, in Rechthalten eingeleitet und bis zur Pfändung durchgeführt hatte, in bevorzugtem Range auf den Erlös der gepfändeten Mobilien

angewiesen worden. In der von dem Gerichtspräsidenten des freiburgischen Sensebezirkes als Konkursrichter abgehaltenen Gläubigerversammlung vom 6. Dezember 1878 opponirte der Vertreter der Konkursmasse des Albrecht Spycher gegen diese Kollokation und stellte das Begehren, daß nach der Deckung der Kosten und der Hypothekargläubiger der Mehrerlös der Liegenschaften zur Hälfte und das bewegliche Vermögen ebenfalls zur Hälfte der Hauptliquidationsmasse des Geltstagers Albrecht Spycher in Bern zur Verfügung gestellt werde, nöthigenfalls schließe er „in das gestellte Begehren durch Urtheil gehandhabt zu werden mit Kostenfolge." Dagegen schlossen die Massagläubiger des Rudolf Spycher, insbesondere auch August Kesselring in Romanshorn, auf Abweisung des gestellten Begehrens.

B. Nachdem hierauf mehrfache Vergleichsunterhandlungen zwischen den Gläubigern der Konkursmasse des Rudolf und des Albrecht Spycher stattgefunden hatten, dieselben aber schließlich fruchtlos geblieben waren, übermittelte der Regierungsrath des Kantons Bern am 17. Juli 1880 dem Staatsrathe des Kantons Freiburg ein Gesuch des Massaverwalters im Geltstage des Albrecht Spycher, dahin gehend, die Regierung von Freiburg möchte die Konkursbehörde in Tafers zur Auslieferung des Mobiliarvermögens, soweit dasselbe dem Albrecht Spycher gehöre, an die Hauptmasse, ohne Abzug der betreibungsrechtlichen Forderungen, anhalten. Der Staatsrath des Kantons Freiburg holte hierauf den Bericht des Gerichtspräsidenten des Sensebezirkes ein; dieser Bericht d. d. 10. August 1880 spricht sich, nach Darstellung des Sachverhaltes, dahin aus, es handle sich vorliegend offenbar um eine Frage der Interpretation des Konkordates vom 15. Juni 1804, welche von den Gerichten und nicht von den Administrativbehörden entschieden werden müsse. Der Staatsrath des Kantons Freiburg übermittelte diesen Bericht dem Regierungsrathe des Kantons Bern als Antwort auf dessen Zuschrift vom 17. Juli 1880.

C. Hierauf trat der Massaverwalter im Geltstage des Albrecht Spycher beim Bundesgerichte beschwerend auf, indem er ausführte: Formell sei das Vorwalten eines Konfliktes zwischen der bernischen Konkursverwaltung und der Regierung des Kantons

Freiburg dadurch begründet, daß letztere dem durch Vermittlung der bernischen Regierung an sie gestellten Ansuchen der erstern nicht entsprochen habe. Die Kompetenz des Bundesgerichtes stehe nach Art. 59 des Bundesgesetzes über Organisation der Bundesrechtspflege außer allem Zweifel. In der Sache selbst scheine sich die Weigerung der freiburgischen Konkursbehörde bezw. der dortigen Massagläubiger auf eine Bestimmung des freiburgischen Betreibungsgesetzes (Art. 161) zu stützen, wonach dem Gläubiger, der vor dem Ausbruche des Geltstages eine Pfändung ausgeführt habe, im Geltstage für seine Forderung sammt Kosten ein Spezialprivileg an den gepfändeten Gegenständen zustehe. Die Konkursbehörde von Tafers nehme nämlich offenbar an, die betreibungsrechtlich erwirkte Pfändung stehe in ihren Wirkungen bei Eintritt des Geltstages einem Faustpfandrechte gleich. Diese Anschauung sei aber nach den einschlägigen Bestimmungen des Konkordates vom 17. Juni 1810, welches hier zur Anwendung kommen müsse, prinzipiell verfehlt. Nach diesem Konkordate begründe nur eine Hypothek oder ein Faustpfandrecht eine Ausnahme von dem Prinzip der Einheit des Konkurses und habe nur in diesen Fällen die Gesetzgebung des Ortes der gelegenen Sache zur Anwendung zu kommen. Dagegen gelte dies keineswegs für bloß betreibungsrechtlich erworbene Vorrechte. Allein es müsse auch bestritten werden, daß derjenige Gläubiger, welcher ein solches betreibungsrechtliches Privileg in Anspruch nehme, August Kesselring in Romanshorn, eine rechtsgültige Pfändung auf das Vermögen des Albrecht Spycher überhaupt vorgenommen habe. Betreibung und Pfändung für die eine der von diesem Gläubiger geltend gemachten, in Frage stehenden Wechselforderungen seien nur in Rechthalten gegen den dort domizilirten Rudolf Spycher, dagegen keineswegs gegen den in Oberbalm, Kantons Bern, domizilirten Albrecht Spycher, gegen welchen im Kanton Freiburg eine Betreibung gar nicht gültig hätte eingeleitet werden können, durchgeführt worden; in Betreff der andern der fraglichen Wechselforderungen habe das Verhältniß bis jetzt nicht genauer ermittelt werden können; es müsse indeß bis auf Weiteres angenommen werden, daß es sich in Betreff derselben ganz gleich verhalte. Somit sei gegen Albrecht

Spycher eine rechtsgültige Pfändung gar nie ausgeführt worden. Demgemäß werde der Antrag gestellt: Es sei die Regierung von Freiburg, bezw. die Konkursbeamtung von Tafers anzuweisen, den Antheil des Albrecht Spycher an dortseitigem Mobiliarerlös ohne Berücksichtigung des angeblichen Vorzugsrechtes zu Gunsten eines betreibenden Gläubigers an den Verwalter der Hauptkonkursmasse in Bern abzuliefern unter Folge der Kosten.

D. In seiner Vernehmlassung bemerkt der Staatsrath des Kantons Freiburg: Es sei ihm unbegreiflich, wie in dieser Sache der Staatsrath ins Recht gefaßt werden könne, da er in derselben gar nichts verfügt habe, sondern lediglich die Zuschrift des Regierungsrathes des Kantons Bern dem Konkursrichter des Sensebezirkes übermittelt und hierauf dessen Bericht der Regierung des Kantons Bern zugestellt habe. Eine Streitigkeit staatsrechtlicher Natur zwischen Kantonen liege offenbar nicht vor, sondern lediglich eine Streitigkeit zwischen den beiden Konkursmassen. Diese sei aber von den Gerichten und nicht von der Administrativbehörde zu entscheiden. Einstweilen liege eine Verfügung einer kantonalen Behörde, gegen welche der Rekurs sich richten könnte, gar nicht vor; es liegen nur Prozeßhandlungen der Parteien vor, welche nicht Gegenstand eines Rekurses bilden können. Wenn eine gerichtliche Entscheidung vorliegen werde, so stehe es alsdann der Rekurrentin frei, wenn sie dieselbe als konkordats- oder verfassungswidrig erachte, den Rekurs an das Bundesgericht zu ergreifen. Allein auch dann könne nicht das urtheilende Gericht, viel weniger natürlich der Regierungsrath, als Gegenpartei ins Recht gefaßt werden, sondern es müsse sich der Rekurs gegen die wirkliche Gegenpartei, d. h. die Massagläubiger des Rudolf Spycher, richten. Der Rekurs müsse daher unter allen Umständen abgewiesen werden.

Der Gerichtspräsident des Sensebezirkes, dessen Vernehmlassung ebenfalls eingeholt wurde, führt im Wesentlichen die nämlichen Gesichtspunkte wie der Staatsrath des Kantons Freiburg aus.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Es handelt sich zunächst im vorliegenden Falle offenbar nicht um eine Streitigkeit staatsrechtlicher Natur zwischen Kan-

tonen im Sinne des Art. 57 des Bundesgesetzes über Organisation der Bundesrechtspflege, sondern vielmehr lediglich um einen Rekurs einer Privatperson wegen behaupteter Verletzung eines Konkordates nach Art. 59 litt. b leg. cit. Dies folgt schon daraus, daß nicht ein Kanton, bezw. dessen Regierung, beschwerend aufgetreten ist, sondern lediglich die Massaverwaltung in einem Geltstage, welche keineswegs ein zu Ausübung und Wahrung hoheitlicher Rechte berufenes Staatsorgan ist, sondern welche lediglich die Vermögensrechte und Interessen der von ihr vertretenen Massagläubiger und bezw. des Kridars wahrzunehmen hat.

2. Geht man nun hievon aus, so ist der Rekurs jedenfalls verfrüht. Denn: Nach Art. 59 leg. cit. kann der Rekurs wegen Verletzung verfassungsmäßiger Rechte oder wegen Verletzung von Konkordaten oder Staatsverträgen nur gegen Verfügungen kantonaler Behörden ergriffen werden. Eine Verfügung einer kantonalen Behörde aber, durch welche über das von der Konkursmasse des Albrecht Spycher gestellte Begehren um Ablieferung des auf Albrecht Spycher entfallenden Antheiles an dem im Konkurse über Rudolf Spycher erzielten Mobiliarerlöse entschieden worden wäre, liegt zur Zeit gar nicht vor. Vielmehr ist der hierüber zwischen der Rekurrentin und den Massagläubigern des Rudolf Spycher schwebende Rechtsstreit, in Bezug auf welchen der Vertreter der Rekurrentin selbst in der Gläubigerversammlung vom 6. Dezember 1878 vor dem freiburgischen Konkursrichter seine Anträge gestellt hat, zur Zeit noch gar nicht beurtheilt. Bevor aber dies geschehen ist, kann von einer Verletzung der das Konkursrecht betreffenden Konkordate durch eine Verfügung einer kantonalen Behörde offenbar nicht gesprochen werden und ist somit das Bundesgericht nicht in der Lage, über den Rekurs materiell zu entscheiden.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird zur Zeit abgewiesen.

97. Entscheid vom 29. Oktober 1880 in Sachen Guggenbühl.

A. Friedrich Guggenbühl, Bettwaarenhändler in Zürich, ersteigerte am 7. Mai 1878 das Gut Schönau bei Meggen, Kantons Luzern; er ließ nun diese Besitzung zu einer Pension einrichten, wobei er für die daherigen Anschaffungen auch im Kanton Luzern Schulden kontrahirte, und erwirkte am 21. Juni 1878 vom Regierungsrathe des Kantons Luzern die Niederlassungsbewilligung für die Gemeinde Meggen, ohne indeß faktisch in diese Gemeinde überzusiedeln oder sein Geschäft in Zürich, das er vielmehr auch nachher fortbetrieb, aufzugeben. Am 24. März 1879 wurde durch das Bezirksgerichtspräsidium Zürich über den F. Guggenbühl, der mittlerweilen, unter Zurücklassung seiner Familie in Zürich, landesflüchtig geworden war, auf seine vom Auslande her eingesandte Insolvenzerklärung der Konkurs eröffnet. Das Bezirksgericht von Zürich richtete hierauf durch Beschluß vom 5. April 1879 an das Bezirksgericht von Habsburg das Gesuch, über die in Meggen, Bezirks Habsburg, gelegene Liegenschaft des Guggenbühl und die dort befindliche Fahrhabe einen sog. Separatkonkurs zu eröffnen und einen allfälligen Ueberschuß des Liegenschaftenerlöses über die grundversicherten Forderungen nebst dem Erlöse der Fahrhabe an die Hauptmasse in Zürich abzuliefern, unter dem Vorbehalte der durch das Konkordat betreffend die Effekten eines Falliten u. s. w. vom 7. Juni 1810 allfälligen Ansprechern von Eigenthum oder Pfandrechten gewährten besondern Rechte. Durch Schreiben vom 9. April 1879 erklärte hierauf die Bezirksgerichtskanzlei Habsburg, daß dem Gesuche des Bezirksgerichtes Zürich, soweit es laut Gesetz möglich sei, willfahrt werden, bezw. daß sofort die Aufrechnung gezogen und der Konkurs ausgeschrieben werden solle.

B. Es gelangte nun aber an das Bezirksgericht Habsburg laut amtlichem Zeugniß der Gerichtskanzlei vom 27. Oktober d. J. im Fernern ein vom 8. April 1879 datirtes Aufrechnungsbegehren gegen F. Guggenbühl, welches von der Sparbank in Luzern für 700 Fr. verfallene Gültzinsen gestellt wurde. Auf Grund dieses Begehrens und des Verlangens des Bezirksgerich-

tes Zürich wurde am 10. April 1879 die Aufrechnung gezogen und sodann im luzernischen Kantonsblatte vom 17. April 1879 der Konkurs über Guggenbühl „infolge Aufrechnung vom 10. April abhin im Liegenden und Fahrenden" ausgekündet, wobei die Eingabefrist bis 10. Mai 1879 festgestellt, die Konkursabhaltung auf 17. Mai gl. J. angesetzt wurde.

C. Auf eine Mittheilung der zürcherischen Massaverwaltung im Konkurse des F. Guggenbühl, daß das Bezirksgericht Habsburg alle in Meggen befindlichen Aktiven, also auch die Fahrhabe, in der Weise in den Separatkonkurs einbeziehen wolle, daß der ganze Erlös zur Befriedigung der dortigen Gläubiger verwendet werde, richtete das Bezirksgericht von Zürich an dasjenige von Habsburg unterm 3. Dezember 1879 eine sachbezügliche Anfrage. Nachdem hierauf der Gerichtsausschuß des Bezirksgerichtes Habsburg einen Zusammentritt der luzernischen Gläubiger des F. Guggenbühl veranlaßt und diese sich einstimmig in diesem Sinne ausgesprochen hatten, beschloß der Ausschuß des Bezirksgerichtes Habsburg am 9. Februar 1880: „Der „hierorts eingeleitete Separatkonkurs über F. Guggenbühl sei „auch hierorts zu Ende zu führen, so zwar, daß das hier be„findliche Guthaben unter die hierseits angemeldeten und gericht„lich beschützten Forderungen laut nach luzernischem Gesetze fest„gestellter Kollokation liquidirt werden soll. Sollte nach Befrie„digung der hiesigen Gläubiger noch Guthaben des Konkursiten „resultiren, so ist dasselbe der Tit. Konkursbehörde von Zürich „auszuhändigen." Gegen diese Schlußnahmen rekurrirte die Konkursmasse des Friedrich Guggenbühl in Zürich an die Justizkommission des Obergerichtes des Kantons Luzern, gestützt auf die Konkordate vom 15. Juni 1804 und 7. Juni 1810. Die Justizkommission des luzernischen Obergerichtes wies indeß durch Beschluß vom 27. April 1880 den Rekurs als unbegründet ab, da Guggenbühl auch in Meggen niedergelassen gewesen sei, mithin der Fall eines Doppeldomizils vorliege, in diesem, durch die erwähnten Konkordate nicht vorgesehenen, Falle aber die Gleichberechtigung der Gerichte der mehreren Wohnorte zur Konkurseröffnung bundesrechtlich feststehe.

D. Gegen diesen Entscheid ergriff die Konkursmasse des F.

Guggenbühl den Rekurs an das Bundesgericht. In ihrer Rekursschrift führt sie aus: Auch wenn man an der bisherigen bundesrechtlichen Praxis in Konkursfällen, wo der Fallit-Domizil in mehreren Kantonen habe, welche bekanntlich keineswegs durchweg unanfechtbar sei, festhalten wolle, so sei doch im vorliegenden Falle die Beschwerde begründet. Denn von einem Domizile des F. Guggenbühl in Meggen könne offenbar nicht gesprochen werden. Der bloße Erwerb einer Niederlassungsbewilligung genüge zu Begründung des Domizils keineswegs, sondern es müsse dazu noch das reale Element des Wohnsitzes für kürzere oder längere Zeit hinzukommen. Dieses fehle aber im vorliegenden Falle gänzlich und es könne nicht einmal von einem sog. Geschäftsdomizil die Rede sein. Guggenbühl habe bis zu seinem Austritte mit seiner Familie einzig und allein in Zürich gewohnt und dort sein Geschäft betrieben. Die Liegenschaft in Meggen habe er zu einer Fremdenpension einrichten lassen, wohl in der Absicht, sie, nachdem er sie einige Zeit durch einen Pächter betrieben haben werde, mit Gewinn zu verkaufen; allein der Betrieb der Pension habe bis zum Konkursausbruche gar nicht begonnen, sondern das einzige, was Guggenbühl in dieser Richtung gethan habe, sei, daß er einen Aufseher über die Liegenschaft in der Person eines Einwohners von Meggen bestellt habe. Demnach habe denn auch anfänglich das Bezirksgericht Habsburg keinen Anstand genommen, auf Begehren des zürcherischen Konkursgerichtes Separatkonkurs im Sinne des Konkordates von 1810 eintreten zu lassen. Es werde somit beantragt: Es sei unter Aufhebung des Entscheides des Obergerichtes des Kantons Luzern vom 27. April 1880 zu erkennen, „es sei das luzernische Konkursgericht anzuweisen: 1) Einen im Separatkonkurs über die Liegenschaft in Meggen allfällig erzielten Vorerlös über die grundversicherten Schulden und Kosten an die hierseitige Hauptmasse abzuliefern; 2) den Erlös der versteigerten oder zu versteigernden Fahrhabe in Meggen nach Abzug der Kosten gänzlich an die hierseitige Hauptmasse abzuliefern, in der Meinung, daß, wenn nach Luzerner Recht gültige Pfand- oder Retentionsrechte daran geltend gemacht werden sollten, der Betrag dieser Ansprachen vorläufig zurückbehalten werden dürfe, der hierseitigen

Hauptmasse übrigens Gelegenheit zur Bestreitung dieser Ansprachen gegeben werde, wobei hierüber entstehende Streitigkeiten allerdings von dem luzernischen Gerichte und nach dortseitigem Rechte zu entscheiden wären." Auf den Fall der Abweisung der Beschwerde aber müsse ein eventuelles Begehren gestellt werden. Es gehe nämlich, da die zürcherischen Kreditoren nach dem Gange des Konkursverfahrens gar keine Veranlassung gehabt haben, Eingaben in den Separatkonkurs in Meggen zu machen, letzterer auch auf dem Gebiete des Kantons Zürich gar nicht publizirt worden sei, nicht an, die Aktiven im Kanton Luzern einzig zur Befriedigung der Gläubiger zu verwenden, die im dortigen Separatkonkurs Eingaben gemacht haben, und nur einen allfälligen Ueberschuß an die zürcherische Konkursbehörde auszuliefern. Vielmehr erfordere es die Gerechtigkeit, daß eventuell das luzernische Konkursgericht angewiesen werde, die Gläubiger Guggenbühl's, welche im Hauptkonkurs in Zürich Eingaben gemacht haben, nachträglich als auch für den Separatkonkurs in Meggen angemeldet zuzulassen und gerade wie die luzernischen Gläubiger zu behandeln, wobei allerdings eventuell anerkannt werden müsse, daß bezüglich allfälliger Privilegien das luzernische Recht zur Anwendung komme. In diesem Sinne werde ein eventuelles Rechtsbegehren gestellt.

E. Seitens des Gerichtsausschusses des Bezirksgerichtes Habsburg, welchem der Rekurs zur Vernehmlassung zugestellt wurde, wurde dessen Beantwortung den luzernischen Kreditoren des F. Guggenbühl überlassen. In ihrer Vernehmlassung bemerken die letztern im Wesentlichen: Der Konkurs im Kanton Luzern sei selbständig und unabhängig von demjenigen im Kanton Zürich eingeleitet und durchgeführt worden; der luzernische Konkurs sei nicht im Kanton Zürich, der zürcherische nicht im Kanton Luzern publizirt worden. Die luzernische Konkursmasse sei auch bereits bereinigt und deren Liquidation auf den Zeitpunkt in Bereitschaft, wo ein noch hängiger Vindikationsstreit gerichtlich beurtheilt sein werde. Die Frage des Konkursgerichtsstandes bei mehrfachem Domizil des Falliten sei allerdings in der Wissenschaft eine bestrittene, allein für den Richter kommen in erster Linie die durch die Gerichtspraxis ausgebildeten Normen in

Betracht und diese sprechen gegen die Rekurrentin. Die Konkordate von 1804 und 1810 regeln den Fall mehrfachen Domizils des Falliten nicht, wie die Bundesversammlung selbst in ihrer Entscheidung im Rekursfalle Kübler-Troll vom 23. Juli 1867, welche seither für die bundesrechtliche Praxis maßgebend gewesen sei, anerkannt habe. Demnach werde Abweisung des Rekurses unter Kostenfolge beantragt.

F. Replicando bestreitet die Rekurrentin, daß der Konkurs in Meggen unabhängig von dem Begehren des zürcherischen Bezirksgerichtes eingeleitet worden sei und führt im Fernern von Neuem aus, daß von einem Geschäftsdomizile des Falliten in Meggen, da er dort weder ein Pensions- noch ein anderes Geschäft je betrieben habe, überall nicht die Rede sein könne.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Es muß als ein durch die bundesrechtliche Praxis festgestellter Grundsatz anerkannt werden, daß die beiden das Konkursrecht betreffenden Konkordate vom 15. Juni 1804 und 7. Juni 1810 sich auf den Fall mehrfachen Domizils des Falliten nicht beziehen, bezw. für diesen Fall das im Uebrigen, wenigstens für das bewegliche Vermögen des Schuldners, durch die erwähnten Konkordate bundesrechtlich aufgestellte Prinzip der Einheit des Konkurses nicht festgehalten ist, vielmehr dem Gerichte jedes der mehreren Wohnorte des Schuldners die Befugniß zur Eröffnung und Durchführung eines besondern Konkurses über denselben zusteht. (Vergl. Entscheidungen des Bundesrathes und der Bundesversammlung i. S. Kübler-Troll, Bundesblatt 1866, II S. 763 u. ff.; 1867, I S. 305 u. ff.; II S. 473 u. 491; Entscheid des Bundesrathes i. S. Ringier und Komp. vom 5. August 1867; i. S. Hinnen vom 7. November 1870; i. S. Biatte vom 10. Juni 1872; Entscheidungen des Bundesgerichtes i. S. des Staatsrathes von Wallis vom 11. März 1876, amtl. Samml. II S. 58 u. ff.; i. S. der solothurnischen Bank vom 20. Juni 1879, Erw. 4; ibid. V S. 184 u. 185.) Demnach hängt das Schicksal des vorliegenden Rekurses davon ab, ob F. Guggenbühl, über welchen sowohl vom luzernischen Bezirksgerichte Habsburg als auch von demjenigen von Zürich der Konkurs eröffnet worden ist, neben seinem Domizile in Zürich auch noch in Meggen, Kantons Luzern, ein Domizil hatte.

2. Diese Frage ist nun bejahend zu beantworten. Denn:

a. Die bisherige bundesrechtliche Praxis, von welcher abzugehen das Bundesgericht nicht in der Lage ist, hat festgestellt, daß ein den Konkursgerichtsstand begründendes Domizil auch in einer Geschäftsniederlassung liege (vergl. die Erwägung 1 allegirten Entscheidungen), bezw. sie hat in Anwendung der konkursrechtlichen Konkordate als Domizil, durch welches der Konkursgerichtsstand begründet wird, nicht nur das Domizil im gemeinrechtlichen Sinne, sondern auch die bloße Geschäftsniederlassung anerkannt.

b. Vorliegend war nun allerdings eine Geschäftsniederlassung des F. Guggenbühl in Meggen, Kantons Luzern, begründet. Denn wenn er auch faktisch fortwährend in Zürich wohnte und sein dortiges Geschäft betrieb, so hatte er doch auch für Meggen, Kantons Luzern, die Niederlassungsbewilligung ausgewirkt und dort durch Erwerb einer Liegenschaft und Einrichtung derselben zu einer Fremdenpension ein selbständiges Geschäft begründet, zu dessen Betrieb er denn auch zweifellos die Niederlassungsbewilligung erwirkte und nach der luzernischen Gesetzgebung erwirken mußte. Guggenbühl war demnach nicht nur Inhaber seines Geschäftes in Zürich, sondern daneben auch Inhaber eines selbständigen Geschäftes in Meggen, welches sich sogar nach den Bestimmungen der Handelsgesetzbücher (vergl. Allg. deutsches Handelsgesetzbuch Art. 271 Ziffer 1; Art. 10; Code de commerce Art. 632 Ziffer 1; vergl. dazu die Nachweisungen bei Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechtes I S. 520 u. ff., S. 568 [2. Auflage]; Sirey, Codes annotés, Code de commerce ad Art. 1 Nr. 38 [1873]; Code de commerce fribourgeois Art. 3) als Handelsgewerbe qualifiziren würde. Auf den zufälligen von der Rekurrentin betonten Umstand, daß die Pension zur Zeit des Konkursausbruches noch nicht eröffnet war, kann daneben überall nichts ankommen.

3. Ist somit als hergestellt zu betrachten, daß F. Guggenbühl eine Geschäftsniederlassung in Meggen besaß, so darf die Eröffnung eines besondern Konkurses durch das Bezirksgericht Habsburg nicht als bundesrechtlich unzulässig betrachtet werden. Die weitere Behauptung der Rekurrentin nämlich, daß anfänglich der Konkurs in Meggen vom Bezirksgerichte Habsburg lediglich auf

Ansuchen des Bezirksgerichtes Zürich im Sinne der Einleitung eines Separatkonkurses über die Liegenschaft angeordnet worden sei, erscheint weder als erheblich, noch ist sie thatsächlich richtig, wie sich aus den Fakt. B dargestellten Thatsachen ergibt, welche zeigen, daß die Aufrechnung auf Ansuchen des Bezirksgerichtes Zürich und eines luzernischen Hypothekar-Gläubigers gezogen wurde und die Konkursausländung sich keineswegs auf Anordnung eines Separatkonkurses im Sinne des zürcherischen Ersuchsschreibens beschränkte.

4. Müssen demnach die in erster Linie gestellten Rekursbegehren als unbegründet verworfen werden, so erscheint dagegen das eventuell gestellte Rekursbegehren als begründet. Denn zweifellos waren alle Gläubiger des Falliten berechtigt, in beiden über denselben verführten Konkursen ihre Forderungen anzumelden und ein Ausschluß der im Konkurse in Zürich angemeldeten Gläubiger von der im Kanton Luzern gelegenen Konkursmasse wegen Verabsäumung der für den luzernischen Konkurs festgesetzten Eingabefrist kann vorliegend, da seitens der luzernischen Behörden die Aufforderung zur Stellung von Eingaben nur für das Gebiet des Kantons Luzern, nicht dagegen auch für das Gebiet des Kantons Zürich publizirt wurde und überdem die zürcherischen Gläubiger ihre Rechte auf das im Kanton Luzern gelegene Vermögen als durch die Eingabe in den zürcherischen Konkurs gewahrt betrachten konnten, keinenfalls Platz greifen. In gleicher Weise sind denn aber selbstverständlich auch die Gläubiger, welche im Kanton Luzern ihre Forderungen angemeldet haben, berechtigt, dieselben im zürcherischen Konkurse zur Geltung zu bringen.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Das erste Rechtsbegehren der Rekurrentin wird als unbegründet abgewiesen; dagegen wird das eventuelle Rechtsbegehren derselben im Sinne der Erwägung 4 als begründet erklärt.

Vierter Abschnitt. — Quatrième section.

Kantonsverfassungen. — Constitutions cantonales.

I. Kompetenzüberschreitungen kantonaler Behörden.

Abus de compétence des autorités cantonales.

98. Urtheil vom 30. Dezember 1880 in Sachen Lendi.

A. Zwischen Christian Schneller in Tamins und Christian Sutter in Bonaduz, welche im Jahre 1862 gemeinschaftlich den Holzhandel betrieben hatten, entstanden bei Auflösung der Sozietät und Abrechnung zwischen den Gesellschaftern Differenzen, deren Erledigung sie im Jahre 1873 kompromissarisch dem Advokaten Vieli übertrugen. Letzterer fällte am 29. November 1873 seinen Schiedsspruch, zufolge dessen Christian Schneller dem Christian Sutter einen Rechnungssaldo herauszubezahlen hatte. Gegen diesen Schiedsspruch reichte nun Christian Schneller gemäß Art. 466 des bündnerischen Privatrechtes bei dem Schiedsrichter ein Revisionsgesuch ein, welchem auch stattgegeben und infolge dessen der frühere Schiedsspruch durch Revisionsurtheil vom 4. Januar 1874 modifizirt wurde. Dagegen wurde später eingereichten weitern Revisionsgesuchen des Chr. Schneller seitens des Schiedsrichters keine Folge gegeben, weil nach Art. 295 der bündnerischen Civilprozeßordnung, welcher nach Art. 466 des bündnerischen Privatrechtes auch für Schiedsgerichte gilt, in der gleichen Sache und für die gleiche Partei das Recht niemals zum zweiten Male geöffnet, bezw. niemals zum zweiten Male die Revision eines Urtheils bewilligt werden dürfe.

B. Chr. Sutter leitete nun für den schiedsrichterlich festgestellten Rechnungssaldo von 1393 Fr. gegen Chr. Schneller gantgerichtliche Betreibung ein und es wurde durch Urtheil des Gantgerichtes Tamins vom 24. Juni 1878, trotzdem der Schuldner die Forderung bestritt und „Unkanntlichkeit" erklärte, dieselbe als liquid anerkannt. Hierauf leistete unterm gleichem Datum einerseits der gegenwärtige Rekurrent, Johann Jakob Lendi, für die fragliche Forderung nebst ergangenen gerichtlichen Kosten unbedingte Bürg- und Zahlerschaft, andererseits erklärte Chr. Schneller gegen das Urtheil des Gantgerichtes Tamins den Rekurs an den Bezirksgerichtsausschuß Imboden. Letzterer Rekurs wurde indeß später wieder zurückgezogen und es stellte statt desselben Chr. Schneller gegen den Chr. Sutter beim Bezirksgerichte Imboden im Wege des ordentlichen Civilprozesses eine Klage wegen ungehöriger Bereicherung auf Zahlung von 3580 Fr. an, indem er behauptete, daß nachträglich Thatsachen bekannt geworden seien, woraus sich ergebe, daß sein ehemaliger Gesellschafter Sutter den Schiedsrichter durch falsche Buchungen absichtlich getäuscht und auch eingegangene Sozietätsgelder in eigenem Nutzen widerrechtlich verwendet oder den Zinsgenuß derselben durch absichtlich verspätete Buchung sich widerrechtlich zugeeignet habe, so daß der auf dieser Basis zu Stande gekommene Schiedsspruch, sowie auch der Schiedsvertrag selbst angefochten werden und alle aus denselben resultirenden Abrechnungen als unrichtig erklärt werden müssen. Gleichzeitig leistete Schneller beim Präsidium des Bezirksgerichtes Imboden ein Depositum von 2500 Fr. durch Hinterlage eines Bankpapiers, um dadurch, wie Rekurrent behauptet, einerseits den Prozeßgegner für den Ausgang des Prozesses sicher zu stellen, andererseits den für den gleichen Zweck als Bürge und Selbstzahler haftenden gegenwärtigen Rekurrenten Lendi zu entlasten.

C. Während der Dauer des demgemäß angehobenen Prozesses wegen „ungehöriger Bereicherung" wirkte Chr. Sutter für seine durch Schiedsspruch festgestellte Forderung gegen den Bürgen und Selbstzahler Lendi das Pfandbot aus, wogegen letzterer innert der gesetzlichen Frist Widerspruch erhob, indem er sich darauf stützte, daß inzwischen die betreffende Forderung durch den an-

hängig gemachten Prozeß illiquide resp. unexequirbar geworden und er überdem als durch Erlegung der Realkaution seitens des Schneller beim Präsidenten des Bezirksgerichtes Imboden als von seiner Bürgschaft befreit angesehen werden müsse. Durch Erkenntniß des Gantgerichtes Tamins vom 20. Juni 1879 erklärte letzteres auch wirklich, mit Rücksicht auf die vom Beklagten vorgeschützten Einwendungen, es sei die Forderung des Sutter aus dem Schiedsspruche keine liquide mehr und wies daher das Begehren desselben um Anordnung der Auspfändung ab. Nachdem Sutter gegen diese Entscheidung wegen Justizverweigerung den Rekurs an den Kleinen Rath erklärt hatte, erklärte letzterer durch Beschluß vom 25. April 1879 die Beschwerde als begründet und wies das Gantgericht Tamins an, den Rechtstrieb gegen J. J. Lendi für die Forderung des Chr. Sutter zu gestatten, indem er im Wesentlichen davon ausging, daß das Urtheil des Gantgerichtes Tamins vom 24. Juni 1878 rechtskräftig geworden sei und für den Gläubiger einen vollstreckbaren Titel bilde, auch gegen den Bürgen und Selbstzahler in gleicher Weise wie gegen den Hauptschuldner vollstreckbar sei und daß der von Schneller gegen Sutter beim Bezirksgerichte Imboden eingeleitete Prozeß wegen ungehöriger Bereicherung mit dem rechtskräftig gewordenen gantgerichtlichen Urtheile in keiner Verbindung stehe. Gegen diesen Beschluß ergriff nun J. J. Lendi seinerseits den Rekurs an den Großen Rath des Kantons Graubünden. Letztere Behörde beschloß indeß am 23. Juni 1880, gestützt darauf, daß der Kleine Rath nach Art. 24 der Kantonsverfassung eine selbständige und alleinige Verpflichtung habe, darüber zu wachen, daß Niemand rechtlos bleibe, insbesondere auch endgültig über Beschwerden wegen Justizverweigerung entscheide, den Rekurs aus dem formellen Grunde der Inkompetenz des Großen Rathes, in Sachen einzutreten, abzuweisen.

D. Hierauf erklärte J. J. Lendi den Rekurs an das Bundesgericht. In seiner Rekursschrift stellt er die Anträge: Das Bundesgericht wolle:

I. in erster Linie das Dekret des Großen Rathes von Graubünden d. d. 23. Juni 1880 aufheben und denselben veranlassen, in materielle Behandlung und Beurtheilung des Rekur-

fes des H. Präsidenten J. J. Lendi über die darin enthaltenen Verfassungsfragen einzutreten.

II. Sollte durch letztinstanzlichen Entscheid des Bundesgerichtes die Kompetenzablehnung des Großen Rathes gutgeheißen werden, so werde eventuell die Behandlung des wegen Verfassungsverletzung rekurrirten kleinräthlichen Dekretes vom 25. April 1879 durch das Bundesgericht nach Maßgabe des Art. 59 des Bundesgesetzes über Organisation der Bundesrechtspflege und Aufhebung dieses Dekretes als im Widerspruche stehend mit dem § 8 des bestehenden, durch das bündnerische Volk angenommenen Gantgesetzes von 1849 beantragt;

in beiden Fällen Kostenfolge für den Rekursgegner Christian Sutter, sowie Verfällung desselben zu einer Vergütung von 150 Fr. an den Rekurrenten. Zur Begründung wird in einläßlicher Ausführung wesentlich geltend gemacht: In seinem Dekrete vom 23. Juni 1880 anerkenne der Große Rath selbst, daß es sich bei dem an ihn gerichteten Rekurse des J. J. Lendi um eine Verfassungsfrage handle. Nun bilde aber nach Art. 5 der Kantonsverfassung der Große Rath in Verwaltungs- und Landespolizeiangelegenheiten die oberste Behörde und es stehe ihm die Oberaufsicht über die Handhabung der Verfassung zu, und zwar allgemein in Bezug auf alle in dieser Richtung dem Kleinen Rathe, dem nach Art. 19 der Kantonsverfassung die Führung der sämmtlichen Regierungsgeschäfte übertragen sei, zugewiesenen Funktionen. Dieses Oberaufsichtsrecht werde in doppelter Weise, einmal durch Abnahme des Rechenschaftsberichtes des Kleinen Rathes (Art. 25 der Kantonsverfassung) und sodann im Rekurswege ausgeübt. Der Rekursweg sei durch die groß- und kleinräthliche Geschäftsordnung näher definirt und zwar dahin, daß gegen alle kleinräthlichen Entscheide von Beschwerden politischer oder administrativer Natur der Weiterzug an den Großen Rath zulässig sei. Zu den Beschwerden politischer Natur gehören nun aber offensichtlich auch alle Beschwerden wegen einer behaupteten Verfassungsverletzung und es sei vollständig unbegründet, wenn der Große Rath sich zu Beurtheilung derartiger Beschwerden für den Fall als inkompetent erklärt habe, daß dieselben gegen kleinräthliche Entscheidungen gerichtet seien, welche gestützt auf die in

Art. 24 der Kantonsverfassung dem Kleinen Rathe übertragene Befugniß, über die Vollziehung von Civil- und Kriminalurtheilen, sowie darüber zu wachen, daß Niemand rechtlos bleibe, erlassen wurden. Diese Befugniß des Kleinen Rathes bilde lediglich einen Ausfluß der ihm überhaupt durch Art. 19 der Kantonsverfassung zugewiesenen staatsrechtlichen Stellung und die in Ausübung derselben erlassenen Entscheidungen können wegen Verfassungsverletzung in ganz gleicher Weise, wie alle andern Entscheidungen des Kleinen Rathes, an dessen verfassungsmäßige Oberbehörde, den Großen Rath, gezogen werden. Wenn daher letzterer sich weigere, auf die Beurtheilung einer daherigen Beschwerde einzutreten, so begehe er selbst eine Verfassungsverletzung und bewirke, daß Bürger, die sich über Verletzung verfassungsmäßiger Rechte durch den Kleinen Rath zu beschweren haben, rechtlos bleiben. Demnach erscheine das erste Rekursbegehren als begründet. Was sodann die Entscheidung des Kleinen Rathes in materieller Beziehung anbelange, so sei zu bemerken, § 8 des bündnerischen Gantgesetzes laute: Verfahren bei Unkanntlichkeitserklärungen. „Bei auf obige Weise (§ 7) gehörig erklärter Unkanntlichkeit bleibt die Schatzung eingestellt und der Gläubiger ist auf den gerichtlichen Weg zu weisen; es sei denn, daß derselbe für seine Forderung ein rechtskräftiges Urtheil, verfallene acceptirte Wechsel oder Paghero's (Anweisungen auf sich selbst) oder andere ganz liquide Rechtstitel vorgewiesen habe und die Einwendungen als offenbar nichtig und trölerisch erscheinen, worüber der Gantrichter mit Zuzug der zwei Schätzer zu erkennen hat. In diesem Falle soll trotz der erhobenen Unkanntlichkeit der Rechtstrieb fortgesetzt und nur dann unterbrochen werden, wenn der Schuldner für die ganze anhängige Forderung sammt den ergehenden Betreibungskosten eine vollkommen genügende Real- oder Personalkaution (genügendes Unterpfand oder eine annehmbare Bürg- und Zahlerschaft) stellt. Wenn übrigens, bei ermangelnder Sicherheitsstellung, die Schatzung auch vollzogen wird, so bleibt es dem Schuldner immer vorbehalten, mittelst gerichtlicher Betreibung gegen den Gläubiger seine Rechte nachträglich geltend zu machen." Durch den in Frage stehenden Entscheid des Kleinen Rathes nun werde dieses

vom Volke angenommene Gesetz in einer Weise interpretirt, daß es in seinen wesentlichsten Bestimmungen abgeändert werde, und werde zudem in die gesetzlichen Befugnisse einer ebenfalls verfassungsmäßigen Behörde, des Gantgerichtes, durch die Administrativbehörde in unzulässiger Weise eingegriffen. Nach dem Gantgesetze und der bisherigen Praxis habe nämlich das Gantgericht, und zwar ohne daß seine Entscheidung in materieller Beziehung einem Weiterzuge an irgendwelche andere Behörde unterläge, darüber zu entscheiden, ob der vom Gläubiger produzirte Titel ein liquider und daraufhin trotz Unkanntlichkeitserklärung seitens des Schuldners die Zwangsvollstreckung anzuordnen sei. Im gantgerichtlichen Verfahren könne der Schuldner gegenüber einem als liquid anerkannten Titel des Gläubigers nur urkundlich beweisbare Einwendungen geltend machen; mit allen andern Einwendungen sei er in diesem Verfahren ausgeschlossen. § 8 des Gantgesetzes, wie er in der bisherigen Praxis ausgelegt worden sei, gestatte dem Schuldner dagegen, durch vollständige Sicherstellung des Gläubigers auch gegenüber einem liquiden Titel einen Aufschub der Exekution zu bewirken, in der Weise, daß er nach geleisteter Sicherstellung, binnen einer angemessenen kurzen Frist, seine Einwendungen gegenüber der gläubigerischen Forderung auf dem Wege des ordentlichen Civilprozesses als Kläger geltend zu machen habe, worauf dann, während der Dauer des Prozesses, selbstverständlich die Zwangsvollstreckung eingestellt bleibe. Nun habe im vorliegenden Falle Chr. Schneller gegenüber der Forderung des Chr. Sutter aus dem angeblichen Schiedsspruche Kaution bestellt und seine Einwendungen gegen die Forderung des Sutter auf dem Wege der Civilklage wegen ungerechtfertigter Bereicherung geltend gemacht. Dadurch habe denn nach dem Gesetze die Wirkung eintreten müssen, daß bis zum Austrage dieses Prozesses die Pfändung weder gegen ihn noch gegen den Bürgen und Selbstzahler Lendi, welchem selbstverständlich die gleichen Einwendungen wie dem Hauptschuldner zustehen, habe ausgeführt werden dürfen, bezw. es sei dadurch bewirkt worden, daß der Titel des Chr. Sutter bis zum Entscheide in dem zwischen den Parteien anhängigen Civilprozesse nicht mehr als ein liquider betrachtet werden könne; überdem sei Rekurrent

durch die von Chr. Schneller beim Bezirksgerichte Imboden bestellte Kaution von seiner Bürg- und Zahlerschaft entlastet worden. Dies habe das Gantgericht Tamins in seiner Entscheidung vom 20. Januar 1879 in ganz richtiger Weise anerkannt; der Kleine Rath dagegen habe durch seine angefochtene Entscheidung, wie bemerkt, in die Kompetenzen des Gantgerichtes in unzulässiger Weise eingegriffen, da ihm eine materielle Nachprüfung eines Gantgerichtserkenntnisses gesetzlich nicht zustehe und habe überdem durch die von ihm dem Gantgesetze gegebene Interpretation, welche mit dessen Wortlaut und Sinn in offenbarem Widerspruche stehe, dieses Gesetz geradezu abgeändert, wozu nicht die Administrativbehörde, sondern nur das Volk verfassungsmäßig befugt sei. Wenn der Kleine Rath sich darauf berufe, daß die Forderung des Sutter sich auf das rechtskräftig gewordene Gantgerichtserkenntniß vom 24. Juni 1878 stütze, so sei darauf zu erwidern, daß ein Gantgerichtserkenntniß, als ein bloß vorläufiger Ausspruch über die Liquidität eines Titels, überhaupt nicht rechtskräftig werde, und es sei somit dieses Argument durchaus hinfällig, wie es auch im Weitern als unbegreiflich erscheine, wenn der Kleine Rath erkläre, daß die Civilklage wegen ungerechtfertigter Bereicherung mit dem gantgerichtlichen Erkenntnisse vom 24. Juni 1878 in keiner Beziehung stehe. Denn die erstere sei ja gerade gegen denjenigen Titel gerichtet, welcher durch das fragliche Gantgerichtserkenntniß als liquid anerkannt worden sei. Der angefochtene Entscheid des Kleinen Rathes involvire somit eine Verletzung der Kantonsverfassung und sei daher vom Bundesgerichte aufzuheben.

E. In seiner Rekursbeantwortung trägt Chr. Sutter auf Abweisung der Rekursbegehren unter Kosten- und Entschädigungsfolge an und macht zur Begründung wesentlich geltend: Nach Art. 24 der graubündnerischen Kantonsverfassung sei der Kleine Rath zu Fassung seines angefochtenen Beschlusses unzweifelhaft kompetent gewesen und ein Rekurs an den Großen Rath dagegen nicht statthaft. Rekurs an den großen Rath sei nach Art. 27 der kleinräthlichen Geschäftsordnung nur statthaft gegen Entscheide von Beschwerden polizeilicher und administrativer Natur, die von dem Kleinen Rathe als Rekurse behandelt wurden, also offenbar

nicht gegen Entscheidungen über die Vollstreckbarkeit von Urtheilen. Um einen derartigen Entscheid handle es sich aber gerade hier, da durch den angefochtenen Beschluß des Kleinen Rathes der Schiedsspruch vom 29. November 1873 und 4. Januar 1874 gemäß dem Urtheile des Gantgerichtes vom 24. Juni 1878 als vollstreckbar anerkannt worden sei; hierüber habe aber nach der graubündnerischen Gesetzgebung einzig der Kleine Rath zu entscheiden. Auch materiell sei der Entscheid des Kleinen Rathes durchaus gerechtfertigt, da sowohl der Schiedsspruch als auch das Gantgerichtsurtheil vom 24. Juni 1878 sich als rechtskräftige und vollstreckbare Urtheile qualifiziren, deren Vollstreckung nicht dadurch habe gehindert werden können, daß der Beurtheilte einen neuen selbständigen Prozeß angehoben habe. Ebensowenig sei der Bürge und Selbstzahler Lendi durch das anläßlich dieses neuen Prozesses von Chr. Schneller freiwillig geleistete Depositum befreit worden, denn dieses habe mit der Bürg- und Selbstzahlerschaft Lendi's gar nichts zu thun, könne übrigens vom Deponenten jederzeit zurückgezogen werden und gewähre daher dem Gläubiger keine Sicherheit. In dem Entscheide des Gantgerichtes Tamins vom 20. Januar 1879, wodurch trotzdem die Vollstreckung des Schiedsspruches und des Gantgerichtserkenntnisses vom 24. Juni 1878 verweigert worden sei, habe demnach eine Justizverweigerung gelegen, gegen welche der Kleine Rath nach Art. 24 der Kantonsverfassung einzuschreiten befugt und verpflichtet gewesen sei.

F. Der Kleine Rath des Kantons Graubünden, welchem die Rekursschrift ebenfalls zur Beantwortung mitgetheilt worden war, bezieht sich einfach auf die Rekursakten.

G. In Replik und Duplik halten die Parteien an ihren Ausführungen und Anträgen fest.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Was zunächst das erste Rekursbegehren anbelangt, so beruht dasselbe offenbar auf der Anschauung, daß der Große Rath des Kantons Graubünden durch Ablehnung der materiellen Beurtheilung der an ihn gerichteten Beschwerde des Rekurrenten sich geweigert habe, die ihm verfassungs- und gesetzmäßig zustehenden Funktionen in Bezug auf die fragliche Beschwerde aus-

zuüben und daß hierin eine Rechtsverweigerung gegenüber dem Rekurrenten liege. Allein diese Anschauung erscheint schon deßhalb als unbegründet, weil nach der graubündnerischen Verfassung und Gesetzgebung der Große Rath keineswegs als Rekursinstanz zu Beurtheilung der in Frage stehenden Beschwerde berufen war. Denn:

a. Wenn der Rekurrent sich zu Begründung der gegentheiligen Anschauung darauf beruft, daß nach Art. 5 der Kantonsverfassung vom 23. Oktober 1854 der Große Rath die oberste Behörde in Verwaltungs- und Landespolizeiangelegenheiten bilde und daß ihm die Oberaufsicht über Handhabung der Verfassung, sowie über Vollziehung von Gesetzen und Verordnungen übertragen sei, so ist darauf zu erwidern, daß aus dieser allgemeinen Bestimmung der Verfassung offenbar keineswegs abgeleitet werden kann, daß der Große Rath in Bezug auf alle Entscheidungen unterer Behörden Rekursinstanz sei, bezw. daß alle Entscheidungen unterer Behörden auf dem Rekurswege wegen behaupteter Gesetzes- oder Verfassungsverletzung an den Großen Rath zum Zwecke ihrer Aufhebung oder Abänderung gezogen werden können. Vielmehr ist klar, daß die Frage, ob gegen eine Entscheidung einer untern Staatsbehörde der Rekurs an den Großen Rath zulässig ist, oder ob dieselbe in die endgültige Kompetenz der betreffenden Behörde fällt und einem Weiterzuge nicht unterliegt, einzig nach den einschlagenden speziellen Gesetzes- und Verfassungsbestimmungen beantwortet werden kann.

b. Zur Ausfällung seiner Entscheidung vom 25. April 1879 war nun der Kleine Rath des Kantons Graubünden jedenfalls kompetent und es kann auch einem begründeten Zweifel nicht unterliegen, daß diese Entscheidung dem Weiterzuge an den Großen Rath nicht untersteht. Denn: Nach Art. 24 der Kantonsverfassung hat der Kleine Rath die Obliegenheit, wenn bei ihm Klagen über Nichtvollzug von Civil- oder Kriminalurtheilen einkommen, deren Vollziehung auf Kosten des saumseligen Gerichtes zu veranstalten und im Fernern darüber zu wachen, daß Niemand rechtlos bleibe, und in Art. 17 b der Geschäftsordnung für den Kleinen Rath, sowie in Art. 244 und 317 der graubündnerischen C.-P.-O. ist bestimmt, daß der Kleine Rath auf

Beschwerden wegen Justizverweigerung eintrete und für die Vollziehung von Straf- und Civilurtheilen besorgt sei. Nun handelt es sich vorliegend unzweifelhaft um eine Beschwerde wegen Nichtvollzug eines schiedsrichterlichen und bezw. gantgerichtlichen Entscheides durch das Gantgericht Tamins, deren Beurtheilung nach den angeführten Gesetzesbestimmungen dem Kleinen Rathe zustand und es ermangelt somit die Behauptung des Rekurrenten, daß der Kleine Rath durch die angefochtene Entscheidung seine Kompetenz überschritten und in diejenige des Gantgerichtes in verfassungswidriger Weise eingegriffen habe, jeglicher Begründung. Im Fernern unterstehen nach Art. 18 und 27 der kleinräthlichen und Art. 40 der großräthlichen Geschäftsordnung der Weiterziehung an den Großen Rath nur solche Entscheidungen des Kleinen Rathes, welche sich auf Beschwerden politischer oder administrativer Natur beziehen. Hiezu gehören nun Entscheidungen, welche die Handhabung der Rechtspflege betreffen und vom Kleinen Rathe in seiner Stellung als Justizbehörde erlassen werden, wie die in Frage liegende, jedenfalls nicht, wie sich sowohl aus dem Wortlaute als aus dem Zusammenhange der citirten Gesetzesbestimmungen ergibt; außer Zweifel gestellt wird dies insbesondere durch Art. 40 der großräthlichen Geschäftsordnung, wonach der Rekurs an den Großen Rath nur statthaft ist gegen Beschlüsse des Kleinen Rathes, die derselbe „gemäß der Verfassung, Art. 20, und gemäß seiner Geschäftsordnung, Art. 27, als Rekursentscheide" erlassen hat, also nicht gegen Beschlüsse, die der Kleine Rath kraft der ihm in Art. 24 der Kantonsverfassung und Art. 17 b seiner Geschäftsordnung zugewiesenen Stellung als Justizbehörde in Bezug auf die Handhabung der Rechtspflege erlassen hat.

2. In Bezug auf das zweite Rekursbegehren sodann, so erscheint dasselbe ohne Weiters als unbegründet. Denn davon, daß durch den angefochtenen Entscheid des Kleinen Rathes in verfassungswidriger Weise in die Kompetenzen des Gantgerichtes eingegriffen sei, kann, nach dem Ausgeführten, nicht die Rede sein und ebenso erscheint die Behauptung des Rekurrenten, daß der fragliche Entscheid des Kleinen Rathes eine Abänderung des Gantgesetzes und damit einen Eingriff in das Gebiet der gesetz-

gebenden Gewalt enthalte, selbstverständlich als unbegründet. Denn die angefochtene Entscheidung wurde keineswegs erlassen, um eine neue verbindliche Rechtsnorm (ein Gesetz) aufzustellen oder anzuwenden, sondern lediglich in Anwendung des bestehenden Gesetzes auf einen Spezialfall, wozu der Kleine Rath nach Verfassung und Gesetz berufen war. Ob aber durch die angefochtene Entscheidung die kantonale Gesetzgebung materiell richtig ausgelegt und angewendet worden sei oder nicht, entzieht sich der Kognition des Bundesgerichtes, welches einzig die Verfassungsmäßigkeit der fraglichen Entscheidung zu prüfen hat.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird als unbegründet abgewiesen.

II. Uebergriffe in das Gebiet der gesetzgebenden Gewalt.

Empiétements dans le domaine du pouvoir législatif.

99. Urtheil vom 29. Oktober 1880 in Sachen Stocker.

A. Am 7. Februar 1879 erließ der Regierungsrath des Kantons St. Gallen eine Verordnung betreffend Mobiliarleihgeschäfte, in welcher das Geschäft des Leihens auf Mobiliarpfänder bedeutenden Beschränkungen unterworfen und unter staatliche Aufsicht gestellt wurde. Insbesondere wurde bestimmt (Art. 1, 2 und 11 der citirten Verordnung), daß, wer ein Mobiliarleihgeschäft betreiben wolle, dafür mit einem Patente vom Regierungsrathe versehen sein müsse und daß ein derartiges Patent nur solchen Personen ertheilt werde, die volle Gewähr für polizeilich klaglose Führung des Geschäftes bieten, sowie im Fernern, daß Pfandleihern, welche wiederholt wegen Mißachtung

dieser Verordnung bestraft worden seien, oder welche sich einer wucherischen Ausbeutung des Publikums schuldig machen, das Patent vom Regierungsrathe entzogen werden könne.

B. Rekurrent Josef Jakob Stocker wirkte ein solches Patent aus. Am 4. August 1880 beschloß indeß der Regierungsrath des Kantons St. Gallen, in Betracht, daß die Geschäftsführung Stocker's, welcher laut eigenem Zugeständnisse bei kleinern Darlehen gegen Hinterlage einen Zins bis auf 5 % per Monat zu beziehen pflege, augenscheinlich eine wucherische Ausbeutung des Publikums involvire, in Anwendung von Art. 11 der Verordnung vom 7. Februar 1879, es sei dem J. Jakob Stocker das Patent für sein Mobiliarleihgeschäft entzogen.

C. Gegen diesen Beschluß ergriff Josef Jakob Stocker den Rekurs an das Bundesgericht, mit der Behauptung: Die Verordnung vom 7. Februar 1879 sei, weil dem Regierungsrathe jede Kompetenz zu deren Erlaß mangle, verfassungswidrig. Nach Art. 43 und 51 der st. gallischen Kantonalverfassung nämlich sei nur der Große Rath als gesetzgebende Behörde befugt, auf dem Gesetzeswege allgemein verbindliche Bestimmungen zu erlassen, welche die Rechte und Pflichten der Privaten, der öffentlichen Genossenschaften, der Gemeinden und des Staates u. s. w. allgemein bestimmen, während dem Regierungsrathe nur Recht und Pflicht zustehe, die Gesetze und Beschlüsse des Großen Rathes zu vollziehen. In Abschnitt 9 der Kantonsverfassung sei zudem das Prinzip der Trennung der Gewalten deutlich ausgesprochen. Durch Erlaß der fraglichen Verordnung habe nun der Regierungsrath die ihm verfassungsmäßig zugewiesenen Kompetenzen überschritten und in das Gebiet der legislativen Gewalt übergegriffen, da er in derselben ein bestimmtes Gewerbe in allgemein verbindlicher Weise zu reglementiren unternommen habe, wozu offenbar, wie auch die Vorgänge bei staatlicher Ordnung anderer Geschäftszweige, wie des Wirthschafts-, Versicherungs-agenturen- und Auswanderungswesens, sowie des Hausir- und Marktverkehrs zeigen, nur der Gesetzgeber befugt sei. Zudem sei zu bemerken, daß die st. gallische Gesetzgebung den Begriff des Wuchers nicht kenne, der Regierungsrath also durch § 11 der angefochtenen Verordnung einen neuen Rechtsbegriff geschaffen

habe und zwar ohne ihn näher zu bestimmen, was Unsicherheit in der Handhabung des Rechtes hervorrufen müsse. Ueberdem sei die angefochtene Verfügung des Regierungsrathes auch materiell unbegründet, da der Geschäftsbetrieb des Rekurrenten, wie des Nähern ausgeführt wird, keineswegs auf wucherischer Ausbeutung des Publikums beruhe. Demgemäß werde Aufhebung der angefochtenen regierungsräthlichen Schlußnahme als verfassungswidrig beantragt.

D. Einem Gesuche des Rekurrenten um einstweilige Sistirung der Ausführung seiner Schlußnahme vom 4. August 1880, da er im Falle sei, gegen den fraglichen Beschluß bei den zuständigen Bundesbehörden Beschwerde zu führen, hat der Regierungsrath des Kantons St. Gallen am 30. August 1880 entsprochen. In seiner Vernehmlassung auf die Rekursschrift dagegen trägt er auf Abweisung des Rekurses an, indem er geltend macht: Die Verordnung vom 7. Februar 1879 sei von keiner Seite her angefochten worden und auch Rekurrent habe sich den Vorschriften derselben durch Lösung des vorgeschriebenen Patentes freiwillig unterzogen. Der Regierungsrath sei übrigens in seiner Eigenschaft als oberste Polizeibehörde zu deren Erlaß vollkommen kompetent gewesen, wie sich auch insbesondere aus der noch zu Recht bestehenden Bestimmung des Art. 193 des Polizeistrafgesetzbuches vom Jahre 1808 ergebe, welche dahin laute: „Durch gegenwärtiges Gesetz bleibt der Regierung unbenommen, da, wo Zeitumstände, Vorfallenheiten, besondere Gewerbe u. s. w. Gefahren herbeiführen, wider welche durch vorliegendes Strafgesetz nicht bereits hinlänglich vorgesorgt ist, diesfallsige zweckdienliche Anordnungen mit Strafbestimmungen gegen die Uebertreter festzustellen.“ Die Einwendungen des Rekurrenten sodann, daß speziell Art. 11 der fraglichen Verordnung durch die Schlußnahme des Regierungsrathes vom 4. August 1880 unrichtig angewendet worden sei, da eine wucherische Ausbeutung des Publikums nicht vorliege, seien einerseits unstichhaltig, anderseits entziehen sich dieselben der Kognition des Bundesgerichtes.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Rekurrent begründet seine Beschwerde aus einem doppelten Gesichtspunkte: In erster Linie bestreitet er die Verfassungs-

mäßigkeit der vom Regierungsrathe des Kantons St. Gallen am 7. Februar 1879 erlassenen Verordnung, weil der Regierungsrath durch deren Erlaß seine verfassungsmäßigen Kompetenzen überschritten und in diejenigen der gesetzgebenden Behörde eingegriffen habe, und greift demnach auch den zu seinen Ungunsten gefaßten Beschluß des Regierungsrathes vom 4. August 1880, welcher diese Verordnung zur Anwendung bringt, als verfassungswidrig an. In zweiter Linie sodann bestreitet er, daß durch den fraglichen Beschluß des Regierungsrathes der § 11 der Verordnung vom 7. Februar 1879 richtig angewendet worden sei.

2. Was nun vorerst den letztern Beschwerdepunkt anbelangt, so entzieht sich derselbe, da es sich dabei überall nicht um Verletzung verfassungsmäßig gewährleisteter Rechte, sondern lediglich um die richtige Anwendung des kantonalen Rechtes handelt, gemäß Art. 59 des Bundesgesetzes über Organisation der Bundesrechtspflege, der Kognition des Bundesgerichtes. Dagegen ist das Bundesgericht zur Prüfung der Beschwerde in ersterer Richtung allerdings kompetent. Denn Rekurrent beschwert sich nicht etwa darüber, daß die angefochtene Verordnung den bundesverfassungsmäßig gewährleisteten Grundsatz der Gewerbefreiheit verletze, worüber nach Art. 59 Ziff. 3 des Bundesgesetzes über Organisation der Bundesrechtspflege nicht das Bundesgericht, sondern der Bundesrath zu entscheiden hätte, sondern vielmehr darüber, daß durch Erlaß und Anwendung der fraglichen Verordnung das kantonale Verfassungsrecht verletzt werde, bezw. der Regierungsrath dadurch in verfassungswidriger Weise in die Kompetenzen der gesetzgebenden Behörde eingegriffen habe.

3. Ist somit das Bundesgericht zu Beurtheilung der Beschwerde in der angegebenen Richtung allerdings kompetent, so erscheint es dagegen als angemessen, den Rekurrenten mit derselben vorerst an die oberste kantonale Behörde, den Großen Rath, zu verweisen. Denn:

a. Es kann keineswegs gesagt werden, daß Rekurrent dadurch, daß er anfänglich gegen die Verordnung vom 7. Februar 1879 sich nicht beschwerte, sondern vielmehr sich derselben insoweit unterwarf, daß er das vorgeschriebene Patent löste, von vornherein darauf verzichtet habe, gegen eine weitergehende Anwen-

dung der Bestimmungen fraglicher Verordnung sich zu beschweren, bezw. jede weitere Anwendung dieser Verordnung zum Vornherein anerkannt habe. Eine solche Folgerung wäre vielmehr durchaus ungerechtfertigt.

b. Da somit die vorliegende Beschwerde materiell geprüft werden muß und es sich bei derselben in erster Linie um die Kompetenzen der gesetzgebenden Behörde des Kantons St. Gallen handelt, so muß es für das Bundesgericht von Wichtigkeit sein, die Auslegung zu kennen, welche diese Behörde den einschlägigen Bestimmungen der st. gallischen Kantonalverfassung gibt, wobei dann aber neben den vom Rekurrenten als verletzt bezeichneten Artikeln insbesondere auch der Art. 22 der Verfassung, wonach Beschränkungen der Gewerbefreiheit durch die Gesetzgebung festzustellen sind, in Betracht kommen muß.

c. Das Recht in derartigen Fällen, wo es sich lediglich um Verletzung der Bestimmungen einer kantonalen Verfassung handelt, den Beschwerdeführer zunächst an die oberste kantonale Behörde zu verweisen, hat sich das Bundesgericht jederzeit gewahrt (vergl. z. B. Entscheidg. i. S. Niederer vom 17. September 1880), und es kann vorliegend um so weniger einem Bedenken unterliegen, von diesem Rechte Gebrauch zu machen, als der Regierungsrath des Kantons St. Gallen durch seinen Beschluß vom 30. August d. J. in eine einstweilige Sistirung seiner angefochtenen Schlußnahme vom 4. gl. M. eingewilligt hat.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Auf den Rekurs wird zur Zeit nicht eingetreten, sondern der Rekurrent mit seiner Beschwerde vorerst an den Großen Rath des Kantons St. Gallen gewiesen.

III. Anderweitige Eingriffe in garantirte Rechte.
Atteintes portées à d'autres droits garantis.

100. Entscheid vom 29. Oktober 1880 in Sachen Verdan.

A. Am 18. Dezember 1857 hatte die Einwohnergemeinde Biel einen Alignements- und Bauplan, sowie ein Baureglement angenommen, in welch' letzterem insbesondere bestimmt war, daß, wer innerhalb der Grenzen des Stadtbezirkes Bauten ausführen wolle, sich genau an die im Bauplane aufgestellten Straßenlinien zu halten habe, sowie daß Jedermann verpflichtet sei, gegen vollständige Entschädigung das zur Anlage der im Plane enthaltenen Straßen und öffentlichen Plätze nöthige Grundeigenthum abzutreten, und daß bis zum Zeitpunkte der wirklichen Besitznahme von Eigenthum irgend einer Art Niemand berechtigt sei, irgendwelche Entschädigung zu fordern. (§§ 1, 4 und 5 des Reglementes.) Bauplan und Baureglement erhielten am 14. April 1858 die Genehmigung des Großen Rathes des Kantons Bern. Nach einigen Jahren ergab sich, infolge der Erweiterung der Stadt Biel, die Nothwendigkeit, einen neuen, ausgedehnteren Bau- und Alignementsplan aufzustellen. Derselbe wurde von der Gemeindeversammlung von Biel am 14. Juni 1866 gutgeheißen und unterm 4. März 1868 vom Großen Rathe des Kantons Bern auf die Dauer von 10 Jahren genehmigt und der Gemeinde Biel zu dessen Ausführung das Expropriationsrecht verliehen, wobei bestimmt wurde, daß das Reglement vom 14. April 1858 auch auf diesen erweiterten Bauplan seine Anwendung finden solle. Innert der festgestellten 10jährigen Periode mußten einige Abänderungen des Alignementsplanes vorgenommen werden, welche vom Großen Rathe am 1. Dezember 1876 genehmigt wurden, indessen mit dem Beisatze, daß dieselben nur bis zum 4. März 1878, bis zu demjenigen Zeitpunkte also, für welchen der Alignementsplan überhaupt genehmigt war, in Kraft bestehen sollen. Im Fernern wurde ein

neuer, dritter Alignementsplan ausgearbeitet, der nunmehr das gesammte Territorium der Gemeinde umfaßte; dabei wurde in der Weise verfahren, daß zunächst der bisherige Plan mit der Anzeige, daß er unverändert in den neuen übergehen werde, publizirt und öffentlich aufgelegt wurde, mit der Aufforderung an die Betheiligten, ihre Oppositionen innert der Auflagefrist vom 16. Januar bis 14. Hornung 1878 einzureichen. Später wurde sodann der neue Gesammtplan öffentlich aufgelegt und von der Gemeindeversammlung, ebenso wie ein vom 30. Dezember 1878 datirtes Ausführungsreglement, genehmigt und dem Großen Rathe des Kantons Bern zur Genehmigung vorgelegt.

Das erwähnte Reglement vom 30. Dezember 1878, welches in seinen §§ 1, 4 und 5 Vorschriften aufstellt, welche mit den entsprechenden Bestimmungen des Reglementes vom 18. Dezember 1857 inhaltlich wesentlich übereinstimmen, sowie der demselben zu Grunde liegende Alignementsplan wurden, trotzdem gegen letztern verschiedene Oppositionen, insbesondere eine solche der heutigen Rekurrentin Wittwe Verdan-Schaffter, eingelangt waren, am 10. November 1879 von dem Großen Rathe des Kantons Bern genehmigt, das Reglement mit einigen unbedeutenden Modifikationen und mit dem Beisatze: „5. Die Dauer „der Rechtsgültigkeit des Alignementsplanes und des Ausführungsreglementes wird nicht beschränkt; es finden vielmehr die „Bestimmungen des Expropriationsgesetzes vom 3. September „1868 in jedem gegebenen Falle jeweilen ihre Anwendung."

B. Wittwe Verdan-Schaffter ist Eigenthümerin eines Grundstückes, welches durch zwei im Alignementsplane projektirte Straßen durchschnitten wird. Es sollen nämlich durch das Grundeigenthum der Wittwe Verdan-Schaffter nach dem Alignementsplan eine Straße von 15 M. Breite und ca. 150 M. Länge, welche den Garten vor ihrem Wohnhause und zwei Gebäulichkeiten durchschneidet (Fabrikstraße), und ein schmälerer, den Garten an anderer Stelle durchschneidender Weg (Rüschlistraße) gelegt werden. Vermittelst Rekursschrift vom 6. Januar 1880 beschwert sich nun Wittwe Verdan-Schaffter, gestützt auf Art. 59 des Gesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege, „gegen die Einwohnergemeinde Biel bezw. gegen den Beschluß des

Großen Rathes des Kantons Bern vom 10. November 1879 betreffend den Bau- und Alignementsplan der Gemeinde und das darauf bezügliche Ausführungsreglement" beim Bundesgericht, indem sie im Wesentlichen geltend macht: Die rechtliche Lage der von dem fraglichen Plane und Reglemente betroffenen Grundeigenthümer sei die, daß sie in der Verfügung über ihre Grundstücke auf unbestimmte Zeit beschränkt seien, dagegen eine Entschädigung nur dann erhalten, wenn einmal ihr Eigenthum selbst expropriirt werde. Durch die Tracirung der fraglichen Wege und die daraus resultirenden Baubeschränkungen werde ihr Eigenthum erheblich entwerthet, und zwar ohne daß feststände, ob überhaupt einmal die fraglichen Straßen ausgeführt werden. Es müsse sich nun aber fragen, ob eine solche Beschränkung des Eigenthums, angesichts der bernischen Staatsverfassung, als zulässig erscheine. Es lasse sich nämlich gegen die Beschwerde nicht etwa die Einrede erheben, daß die beiden in Frage stehenden Wege schon im Alignementsplan vom 4. Juni 1866 eingezeichnet gewesen seien und die Opposition der Wittwe Verdan-Schaffter also nicht mehr gehört werden könne, denn jener frühere Plan sei nur für 10 Jahre genehmigt worden und mit Ablauf dieser Frist außer Kraft getreten; die gegenwärtige Beschwerde richte sich auch gar nicht gegen die frühere, auf 10 Jahre beschränkte Sanktion, sondern gegen den neuen Beschluß des Großen Rathes vom 10. November 1879, durch welchen Alignementsplan und Baureglement auf unbeschränkte Zeit sanktionirt worden seien. In der Sache selbst sodann erscheine durch den angefochtenen Beschluß des Großen Rathes der § 83 der bernischen Staatsverfassung als verletzt, welcher ausspreche, daß alles Eigenthum unverletzlich sei und, wenn das gemeine Wohl die Abtretung eines Eigenthumsgegenstandes verlange, diese einzig gegen vollständige und, wenn möglich, vorherige Entschädigung zu geschehen habe. Dieses verfassungsmäßige Prinzip habe seine nähere Durchführung in dem kantonalen Gesetze über Entziehung und Beschränkung des unbeweglichen Eigenthums vom 3. September 1868 gefunden, in welchem (§§ 1, 2, 5 und 10 des Gesetzes) ausdrücklich bestimmt sei, daß nicht nur für den gänzlichen Entzug, sondern auch für dauernde oder vorübergehende Beschrän-

tung des Eigenthums vollständige und, wenn möglich, vorherige Entschädigung zu leisten sei. Demnach könne es keinem Zweifel unterliegen, daß, wenn einem Grundeigenthümer die Verpflichtung auferlegt werde, auf einem gewissen Theile seines Grundeigenthums während bestimmter oder unbestimmter Zeit nicht zu bauen, eine Enteignung, für welche volle Entschädigung geleistet werden müsse, vorliege; hiemit stehe nun aber das angefochtene Reglement in direktem Widerspruch. Durch dasselbe wolle die Gemeinde, um sich für die spätere Ausführung der im Alignementsplane vorgesehenen Straßen eine günstigere Expropriation zu sichern, den betreffenden Grundeigenthümern schon jetzt die Ueberbauung des als Straßenterrain u. s. w. in Aussicht genommenen Landes untersagen, ohne, wie sich aus Art. 1, 4, 5, 7 und 9 des Reglementes ergebe, für diese Eigenthumsbeschränkung irgendwelche Entschädigung zu bezahlen; sie wolle also das fragliche Land mit einer vorübergehenden oder gar dauernden servitus non tollendi belegen, ohne dafür das Expropriationsverfahren einzuleiten; darin liege nun eine Verletzung der verfassungsmäßigen Garantie der Unverletzlichkeit des Eigenthums; es liege im Fernern eine Verfassungsverletzung auch insofern vor, als der angefochtene Beschluß des Großen Rathes in That und Wahrheit eine Abänderung des Expropriationsgesetzes involvire, welche nur auf dem Wege der Gesetzgebung geschehen könne. In diesem Punkte unterscheide sich denn auch der vorliegende Fall von Fällen ähnlicher Art, welche aus andern Kantonen an das Bundesgericht gezogen worden seien und in welchen letzteres die Rekurrenten abgewiesen habe. In allen diesen beurtheilten Fällen (z. B. im Falle Huber, Entsch. amtl. Sammlung II S. 91 u. ff., und im Falle Renggli, Entsch. amtl. Sammlung V S. 536) nämlich seien die bezüglichen Verhältnisse durch ein besonderes Gesetz geordnet gewesen und also die fraglichen Eigenthumsbeschränkungen unmittelbar durch das Gesetz auferlegt worden. Hier aber liege ein derartiges Spezialgesetz gar nicht vor, sondern einzig das allgemeine Expropriationsgesetz, auf welches sich auch das angefochtene Reglement ausdrücklich berufe, mit dem es aber freilich nicht im Einklange, sondern im Widerspruche stehe. Von unmittelbar durch das Ge-

setz aufgelegten Legalservituten könne also hier nicht die Rede sein. Demnach werde beantragt: Das Bundesgericht wolle erkennen:

1. Es sei der Beschluß des Großen Rathes des Kantons Bern vom 10. November 1879, bezw. der durch denselben genehmigte Alignementsplan der Stadt Biel nebst dem dazu gehörigen Vollziehungsreglemente, soweit dadurch das Grundeigenthum der Rekurrentin beschränkt werde, als verfassungswidrig aufgehoben.

2. Eventuell: Es könne der durch den Großen Rath genehmigte Alignementsplan nebst dem darauf bezüglichen Vollziehungsreglemente gegenüber der Rekurrentin nur unter dem Vorbehalte zu Recht bestehen, daß derselben für die ihrem Grundeigenthum auferlegte Beschränkung nach Maßgabe der Verfassung und des Expropriationsgesetzes vollständige Entschädigung geleistet werde.

C. Die Einwohnergemeinde Biel, welcher der Rekurs zur Vernehmlassung mitgetheilt wurde, macht in ihrer Rekursbeantwortung unter ausführlicher Darlegung der Entstehungsgeschichte des gegenwärtigen Alignementsplanes und Baureglementes wesentlich Folgendes geltend: Die Beschwerde hätte nicht gegen die Einwohnergemeinde Biel, sondern gegen den Großen Rath des Kantons Bern gerichtet werden sollen, denn es stehe hier die Verfassungsmäßigkeit eines vom Großen Rathe erlassenen Spezialgesetzes in Frage; bei Streitigkeiten über die Rechtsgültigkeit eines Gesetzes seien aber nicht die einzelnen Personen, denen das Gesetz zu statten kommen möge, sondern der Gesetzgeber selbst als Partei ins Recht zu fassen, woran es auch nichts zu ändern vermöge, wenn der Gesetzgeber ein Gesetz auf Grund einer ihm von anderer Seite gemachten Vorlage erlassen habe, denn auch in diesem Falle sei das Gesetz als solches das eigene Werk des Gesetzgebers. Im Weitern sei die Rekurrentin zu der erhobenen Beschwerde dermalen nicht mehr berechtigt. Die frühern Pläne vom 15. Dezember 1857 und 14. Juni 1866 enthalten nämlich bereits die Einzeichnung der beiden, das Grundeigenthum der Rekurrentin durchschneidenden Wege und es sei auch bezüglich der Baubeschränkungen in dem Reglemente vom 30. Dezember 1878 durchaus nichts Neues eingeführt, sondern lediglich

der bereits in dem Reglemente vom 15. Dezember 1857 festgestellte Grundsatz bestätigt worden. Die Rekurrentin habe aber gegen die frühern Alignementspläne und das frühere Baureglement niemals während der zur Einreichung von Oppositionen jeweilen bestimmten Eingabefrist Einsprache erhoben oder gegen dieselben bei den Bundesbehörden Beschwerde geführt. Im Gegentheil sei sie mit denselben, da deren Ausführung ihr durch Werthsteigerung ihres Grundeigenthums sehr erhebliche Vortheile gebracht habe, vollkommen einverstanden gewesen und habe sogar die Erstellung der über ihr Terrain alignirten Fabrikstraße schon vor vielen Jahren selbst unternommen und auf ihrem Terrain ungefähr die Hälfte des Weges ausgeführt. Auch gegen den letzten Plan habe sie rechtzeitig keine Opposition eingereicht; sie habe nämlich eine Einsprache erst eingereicht, als der neue Gesammtplan öffentlich aufgelegt worden sei, während sie innert der zu Einreichung von Einsprachen gegen den in den neuen Plan unverändert aufzunehmenden alten Plan festgesetzten Eingabefrist eine Opposition nicht eingereicht habe. Auch habe sie in ihrer Opposition nicht etwa gegen die im Baureglement projektirte einstweilige unentgeldliche Baubeschränkung Einwendung erhoben, sondern nur verlangt, daß die auf ihrem Terrain eingezeichneten beiden Straßen ausgemerzt werden; ihre Opposition sei also lediglich polizeilicher, öffentlich rechtlicher Natur gewesen, so daß darüber ausschließlich der Große Rath zu entscheiden gehabt habe und eine Beschwerde an das Bundesgericht undenkbar sei. Bei dieser Sachlage müsse das Beschwerderecht der Wittwe Verdan als verwirkt betrachtet werden. Dieselbe hätte, gemäß den vom Bundesgerichte in seiner Entscheidung in Sachen Finsterhennen und Konsorten vom 12. Juli 1878 aufgestellten Grundsätzen, innert sechzig Tagen von Inkrafttreten des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege, also vom 7. Oktober 1874 an gerechnet, gegen die schon damals über ihre Besitzung eingezeichneten Alignements und gegen die ganz gleiche, schon damals statuirte gesetzliche Baubeschränkung beschwerend auftreten müssen und habe dadurch, daß sie dies unterlassen, ihr Beschwerderecht verwirkt. Wenn sich die Rekurrentin dem gegenüber darauf berufe, daß der gegenwärtige

Bauplan und das gegenwärtige Baureglement als ganz neue Akte zu betrachten seien, so sei dies offenbar unrichtig; vielmehr sei ja der alte Plan ganz ausdrücklich in den gegenwärtig geltenden aufgenommen worden. Es sei aber endlich die Beschwerde der Wittwe Verdan-Schaffter auch materiell unbegründet. Die verfassungsmäßige Garantie der Unverletzlichkeit des Eigenthums schließe das Recht der gesetzgebenden Behörde, dem Eigenthum im öffentlichen Interesse Beschränkungen, auch unentgeltliche, aufzulegen, keineswegs aus; vielmehr könne das Eigenthum, wie die zahlreichen in dieser Richtung bestehenden Gesetze zeigen, den verschiedensten publizistischen und privatrechtlichen Beschränkungen durch den Gesetzgeber unterworfen werden, welche mit der Veränderung der Rechtsanschauungen und Bedürfnissen ebenfalls geändert, beschränkt oder erweitert werden können. Die verfassungsmäßige Garantie des Eigenthums habe dem gegenüber mehr nur die Bedeutung einer ernsten Mahnung an den Gesetzgeber, bei Einführung gesetzlicher Eigenthumsbeschränkungen ein vernünftiges Maß nicht zu überschreiten. Letzteres sei nun aber vorliegend offenbar nicht geschehen, im Gegentheil habe der Große Rath des Kantons Bern mit der Sanktion des fraglichen Baureglementes nur gethan, was das öffentliche Wohl, die Nothwendigkeit und Billigkeit erfordert und gestattet haben. Diese Rechtsanschauung sei auch von den Bundesbehörden, vom Bundesgerichte namentlich in seinen beiden Entscheidungen i. S. Huber vom 14. Januar 1876 und i. S. Renggli vom 21. November 1879, gebilligt worden, insbesondere sei der durch letztere Entscheidung beurtheilte Fall mit dem vorliegenden völlig identisch. Sonderbar sei es endlich, wenn die Rekurrentin behaupte, der bernische Große Rath habe durch Genehmigung des Baureglementes für die Gemeinde Biel das kantonale Expropriationsgesetz verletzt. Denn der Gesetzgeber mache sich ja, wenn er in einem spätern, allgemeinen oder speziellen Gesetze etwas von einer frühern Gesetzesbestimmung Abweichendes verordne, nicht einer Verletzung des Gesetzes schuldig, sondern er ändere eben das bisherige Gesetz allgemein oder nur für einzelne Ortschaften oder Verhältnisse ab. Die Befugniß hiezu sei dem Gesetzgeber bisher noch niemals bestritten worden und übrigens sehe der

§ 52 des allgemeinen Expropriationsgesetzes den Bestand von Spezialgesetzen neben dem allgemeinen Gesetze ausdrücklich vor. Demnach werde beantragt: Das Bundesgericht möge erkennen:

1. Es wird in die Beschwerde der Frau Wittwe Verdan vom 6. Jänner 1880 nicht eingetreten.

2. Es ist Frau Wittwe Verdan mit ihrer Beschwerde vom 6. Jänner 1880, bezw. mit ihrem ersten, eventuell auch mit ihrem zweiten, darin eventuell gestellten, Begehren abzuweisen.

D. Replicando bemerkt die Rekurrentin im Wesentlichen: Die Einwendung, daß die Einwohnergemeinde Biel nicht die rechte Beklagte sei, ermangle jeder Begründung, da es sich hier nicht um ein allgemeines Gesetz, sondern um ein zu Gunsten eines bestimmten Subjektes, nämlich der Einwohnergemeinde Biel, erlassenes Spezialdekret handle. Der Einwand der Verwirkung des Beschwerderechtes sodann sei ebenfalls unbegründet. Aus der Unterlassung, gegen die frühern Pläne Beschwerde zu führen, folge nicht, daß das Rekursrecht auch gegenüber dem neuen Plan und Reglement verwirkt sei. Im Plan von 1857 sei überdem die Rüschligasse noch nicht eingezeichnet gewesen und es sei auch damals Frau Wittwe Verdan noch gar nicht Eigenthümerin des fraglichen Grundstückes gewesen, so daß aus der Unterlassung, gegen diesen Plan sich zu beschweren, ein Präklusionsgrund unmöglich entnommen werden könne. Ebensowenig folge ein solcher aus der theilweisen Anlage eines Weges auf dem fraglichen Lande, da ja dessen Wiederbeseitigung der Rekurrentin stets freigestanden habe. Der Beschluß des Großen Rathes vom 4. März 1868 sodann, welcher die Geltung des damaligen Alignementsplanes und Baureglementes auf bloß 10 Jahre festgestellt habe, unterscheide sich wesentlich von dem gegenwärtig in Frage stehenden, welcher dem neuen Plan und Reglement die Genehmigung auf unbegrenzte Zeit ertheile. Es falle endlich noch in Betracht, daß das kantonale Expropriationsgesetz, durch welches erst außer Zweifel gestellt worden sei, daß in einer dauernden oder zeitweiligen Eigenthumsbeschränkung der in Frage stehenden Art eine Expropriation liege, erst vom 3. September 1868 datire. In der Hauptsache schiebe die Gegenpartei ihr die Behauptung unter, daß der Gesetzgeber ein früheres Gesetz durch ein späteres

nicht aufheben oder modifiziren könne. Dies habe sie aber selbstverständlich nie behauptet, sondern sie habe im Gegentheil zugegeben, daß der Gesetzgeber die vorwürfige Frage auf dem Gesetzgebungswege anders als im Expropriationsgesetze geschehen sei, hätte ordnen können. Allein dies sei eben nicht geschehen. Denn der angefochtene Großrathsbeschluß vom 10. November 1879 sei kein Gesetz, wie sich schon daraus ergebe, daß derselbe weder, wie die kantonale Verfassung für Gesetze verlange, zweimal berathen, noch dem Volke zur Genehmigung vorgelegt worden sei.

Gegenüber diesen Ausführungen der Replik hält die Einwohnergemeinde Biel in ihrer Duplik die Aufstellungen der Vernehmlassung aufrecht, indem sie insbesondere an der Einwendung der Verwirkung des Beschwerderechtes festhält und im Weitern behauptet: Wenn auch der angefochtene Erlaß des Großen Rathes vom 10. November 1879 mit dem Expropriationsgesetze im Widerspruche stehe, so liege doch hierin keine Verfassungsverletzung. Der fragliche Beschluß qualifizire sich als ein Spezialgesetz und es sei zu Gültigkeit solcher Spezialgesetze weder zweifache Berathung noch Genehmigung durch das Volk erforderlich.

E. Nach Schluß des Schriftenwechsels theilte der Instruktionsrichter die Akten auch dem Regierungsrathe des Kantons Bern zu Einreichung allfälliger Bemerkungen mit. Letzterer beschloß indeß, laut Schreiben der Justiz- und Polizeidirektion vom 14. September abhin, von der Einreichung von Bemerkungen zu abstrahiren, weil es sich im vorliegenden Falle nicht um ein allgemeines Landesgesetz, sondern um Anwendung eines Spezialdekretes handle.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Wenn die Rekursbeklagte dem Rekurse vorerst die Einwendung entgegensetzt, daß die Beschwerde nicht gegen sie, sondern vielmehr gegen den Staat bezw. den Großen Rath des Kantons Bern hätte gerichtet werden sollen, dessen Schlußnahme vom 10. November 1879 angefochten werde, so scheint sie dieser Einwendung die Bedeutung einer Einrede der mangelnden Passivlegitimation beizumessen und demnach der Ansicht zu sein, daß die Beschwerde, wie sie gestellt sei, schon aus diesem Grunde abge-

wiesen werden müsse. Diese Anschauung ist indessen völlig unbegründet. Denn bei staatsrechtlichen Rekursen wegen Verletzung verfassungsmäßiger Rechte durch Verfügungen kantonaler Behörden nach Art. 59 des Bundesgesetzes über Organisation der Bundesrechtspflege liegt dem Rekurrenten lediglich ob, die kantonale Verfügung zu bezeichnen, deren Aufhebung wegen Verfassungswidrigkeit er verlangt, während darüber, an wen die Beschwerde zur Vernehmlassung mitzutheilen, bezw. wer als Rekursbeklagter zu behandeln sei, von Amtswegen, in Gemäßheit des Art. 60 leg. cit. zu entscheiden ist. Wenn daher im vorliegenden Falle die Gemeinde Biel der Ansicht war, daß die Beschwerde nicht ihr, sondern vielmehr dem Staate Bern zur Vernehmlassung hätte mitgetheilt werden sollen, so stand es ihr frei, einen dahin zielenden Antrag zu stellen und ihrerseits von einer Beantwortung der Beschwerde Umgang zu nehmen; von einer Abweisung des Rekurses wegen mangelnder Passivlegitimation dagegen kann keine Rede sein. Uebrigens war im vorliegenden Falle die Beschwerde allerdings der Gemeinde Biel zur Vernehmlassung mitzutheilen, da der angefochtene Beschluß des Großen Rathes des Kantons Bern vom 10. November 1879 zu ihren Gunsten gefaßt wurde, bezw. ihr durch denselben Rechte verliehen werden sollten, die Gemeinde Biel mithin im Sinne des Art. 60 des Bundesgesetzes über Organisation der Bundesrechtspflege als Gegenpartei betrachtet werden muß; von dieser Anschauung ist denn auch der Regierungsrath des Kantons Bern, als ihm die Akten nachträglich zur Eingabe allfälliger Bemerkungen mitgetheilt wurden, ausgegangen.

2. Was sodann im Fernern die von der Rekursbeklagten vorgeschützte Einwendung der Verwirkung des Rekursrechtes anbelangt, so kann dieselbe ebenfalls nicht als begründet erachtet werden. Denn:

a. Die Rekursbeklagte beruft sich in erster Linie darauf, daß die Rekurrentin gegen die frühern Baupläne und das frühere Baureglement, trotzdem diese, soweit es das Grundeigenthum der Rekurrentin anbelange, die gleichen Beschränkungen wie der Bauplan und das Baureglement vom 30. Dezember 1878 mit Sanktion vom 10. November 1879 statuirten, nicht rechtzeitig, d. h.

spätestens binnen 60 Tagen vom Tage des Inkrafttretens des Bundesgesetzes über Organisation der Bundesrechtspflege an, Beschwerde geführt und daß sie die fraglichen Beschränkungen thatsächlich anerkannt habe. Allein dem gegenüber muß festgehalten werden: Mit dem 4. März 1878 trat der bis dahin geltende Bauplan vom 24. Juni 1866 mit Sanktion vom 4. März 1868 zweifellos außer Kraft, da mit diesem Tage die 10jährige Periode, für welche er genehmigt war, zu Ende ging; er wurde sodann durch den Bauplan und das Baureglement vom 30. Dezember 1878 mit Sanktion vom 10. November 1879 ersetzt. Wenn somit auch die Beschränkungen, welche in Folge letzterer Erlasse dem Grundeigenthume der Rekurrentin auferlegt werden, mit den durch die frühern Baupläne und Baureglemente statuirten materiell übereinstimmen mögen, so liegt doch der Grund ihrer gegenwärtigen rechtlichen Geltung einzig und allein in den Beschlüssen, durch welche Bauplan und Baureglement von 1878 festgestellt und genehmigt wurden, bezw. diese Beschränkungen wurden, nachdem die aus den frühern Bauplänen resultirenden, inhaltlich gleichen Beschränkungen erloschen waren, durch die erwähnten Beschlüsse von Neuem wieder auferlegt. Ob also gegen die auf die frühern Baupläne und Reglemente bezüglichen Beschlüsse, welche gegenwärtig außer aller Wirksamkeit stehen, rechtzeitig Beschwerde geführt wurde oder nicht, ist völlig gleichgültig, und es kann sich einzig fragen, ob gegenüber den auf Bauplan und Baureglement von 1878 bezüglichen Beschlüssen die Beschwerdefrist gewahrt sei. Es kann denn auch von einer thatsächlichen Anerkennung der letztern, hier einzig in Betracht kommenden Beschlüsse durch die Rekurrentin offenbar nicht die Rede sein.

b. Gegenüber den auf Feststellung und Genehmigung des Bauplanes und Baureglementes von 1878 bezüglichen Beschlüssen ist nun aber die Rekursfrist gewahrt, da die Beschwerde innert 60 Tagen, vom Sanktionsbeschlusse des Großen Rathes an gerechnet, eingereicht wurde. Wenn die Rekursbeklagte in dieser Richtung die Einwendung erhebt, daß die Rekurrentin während der zur Einreichung von Einsprachen gegen den Bauplan von 1878 angesetzten Eingabefrist nicht rechtzeitig und nicht in rechts-

genügender Weise Einsprache erhoben habe, so erscheint diese, überdem bestrittene, Behauptung schon deßhalb als unerheblich, weil Rekursbeklagte in keiner Weise dargethan oder auch nur bestimmt behauptet hat, daß an die fragliche Unterlassung nach der bernischen Gesetzgebung die Folge der Präklusion der nicht angemeldeten Einsprachen geknüpft sei. Ueberdem könnte dadurch das bundesrechtlich gewährleistete Recht, innerhalb der bundesgesetzlich festgesetzten Frist beim Bundesgerichte wegen Verfassungsverletzung Beschwerde zu führen, in keiner Weise beeinträchtigt werden.

3. Ist somit auf die sachliche Prüfung der Beschwerde einzutreten, so erscheint zunächst das erste Rekursbegehren als unbegründet. Denn es ist klar, daß die Auflage einer Baubeschränkung auf das Grundeigenthum der Rekurrentin an sich keineswegs als verfassungswidrig bezeichnet werden kann, sondern daß eine solche Beschränkung jedenfalls im Wege der Expropriation gültig auferlegt werden kann, so daß die eine derartige Beschränkung statuirenden Bestimmungen des Bauplanes und Baureglementes der Stadt Biel, welche vom Großen Rathe des Kantons Bern, als der zur Ertheilung des Expropriationsrechtes zuständigen Behörde, genehmigt wurden, jedenfalls nicht an sich, sondern nur insofern als verfassungswidrig angefochten werden können, als durch dieselben eine Entschädigung für die auferlegte Beschränkung verweigert wird.

4. Dagegen muß das zweite Rekursbegehren als begründet erklärt werden. Denn:

a. Es ist zwar vollkommen richtig und auch vom Bundesgerichte bereits in mehrfachen Entscheidungen anerkannt worden, daß die verfassungsmäßige Garantie der Unverletzlichkeit des Eigenthums die Befugniß der Gesetzgebung keineswegs ausschließt, den Inhalt des Eigenthums, bezw. die Befugnisse, welche dasselbe gewährt, näher zu bestimmen und zu begrenzen, und daß demnach, wenn durch das objektive Recht Beschränkungen des Eigenthums eingeführt werden, darin ein zur Entschädigung verpflichtender Eingriff in wohlerworbene Privatrechte keineswegs liegt. Denn das Eigenthum ist keineswegs als absolute, unbeschränkte Herrschaft über die Sache, sondern lediglich in seinem

jeweilen durch die objektive Rechtsordnung normirten Inhalte gewährleistet. (Vergl. Satz. 377 des bernischen Civilgesetzbuches.) Dagegen ist andererseits klar, daß der Inhalt des Eigenthums eben nur auf dem Wege der Gesetzgebung, durch eine Abänderung des objektiven Rechtes, keineswegs durch eine bloße Verwaltungsanordnung modifizirt werden kann, und daß also in einer Verwaltungsanordnung, durch welche dem Eigenthümer einzelne an sich in seinem Eigenthumsrechte, wie das geltende objektive Recht dasselbe normirt, liegende Befugnisse entzogen werden, ein Eingriff in wohlerworbene Privatrechte allerdings liegt, der verfassungsmäßig nur auf dem Wege der Expropriation gegen vollständige Entschädigung geschehen kann. (Vergl. §§ 1, 5 und 10 des bernischen Expropriationsgesetzes vom 3. September 1868.)

b. Nun ist es klar, und zwischen den Parteien nicht bestritten, daß durch die fraglichen Baubeschränkungen, wie sie durch den Bauplan und das Baureglement der Stadt Biel normirt werden, der Rekurrentin Befugnisse entzogen werden, welche ihr, abgesehen von dem fraglichen Bauplane und Baureglemente, nach der bernischen Gesetzgebung kraft ihres Eigenthumsrechtes zustehen würden. Es muß sich demgemäß fragen, ob der Beschluß des Großen Rathes des Kantons Bern vom 10. November 1879, durch welchen der Alignementsplan und das Baureglement der Gemeinde Biel genehmigt wurden, sich, wie die Rekursbeklagte behauptet, als ein für die Stadt Biel erlassenes Spezialgesetz qualifizire, oder ob derselbe, wie die Rekurrentin ausführt, lediglich als ein Verwaltungsakt zu betrachten sei. Diese Frage ist nun aber zweifellos in letzterem Sinne zu beantworten. Denn: Es sind vorerst bei Berathung des fraglichen Beschlusses weder die in Art. 30 der bernischen Staatsverfassung für die Gesetzesberathungen durch den Großen Rath aufgestellten Vorschriften beobachtet, noch ist der fragliche Beschluß, wie es das bernische Gesetz betreffend Ausführung des § 6 Z. 4 der Staatsverfassung vom 19. Mai 1869 schlechthin für jedes Gesetz vorschreibt, dem Volke zur Annahme oder Verwerfung vorgelegt worden; schon hierin zeigt sich, daß der fragliche Beschluß keineswegs als Gesetz qualifizirt werden kann; denn, wenn die Rekursbeklagte behauptet, daß zum Erlasse von „Spezialgesetzen" die Beobachtung

der angeführten Vorschriften nicht erforderlich sei, so erscheint diese, von der Rekursbeklagten in keiner Weise näher begründete Behauptung, angesichts der angeführten, ganz allgemein lautenden verfassungsrechtlichen Bestimmungen, als vollkommen haltlos. Es hat überhaupt der Große Rath des Kantons Bern bei Erlaß des angeführten Beschlusses vom 10. November 1879 keineswegs als Gesetzgeber gehandelt, d. h. seinerseits Rechtssätze aufgestellt, sondern er hat lediglich die von der Gemeinde Biel beschlossenen Vorlagen betreffend die von dieser projektirten Stadterweiterungsarbeiten in seiner Stellung als oberste Verwaltungs- und Polizeibehörde, der gesetzlich die Ertheilung des Expropriationsrechtes übertragen ist und welcher die fraglichen Vorlagen aus diesem Grunde zur Genehmigung vorgelegt werden mußten, sanktionirt. In dem fraglichen Beschlusse liegt somit ein bloßer Verwaltungsakt, durch welchen der Große Rath das geltende objektive Recht selbstverständlich weder allgemein noch für eine bestimmte Lokalität abändern konnte, bei dessen Erlaß er vielmehr an das geltende Recht gebunden war.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Das erste Begehren der Rekurrentin wird als unbegründet abgewiesen; dagegen wird das zweite Rekursbegehren als begründet erklärt.

---

101. *Arrêt du 20 Novembre 1880 dans la cause du Conseil paroissial catholique de Porrentruy.*

La minorité, dite catholique chrétienne, de la paroisse de Porrentruy a tenu le 12 Juin 1879, dans l'église de Saint-Pierre, une assemblée, laquelle décida de nommer une commission chargée de représenter les intérêts des catholiques chrétiens de cette paroisse. Une commission de 7 membres fut en effet désignée et, sous date du 18 Octobre suivant, elle s'adressa au Conseil paroissial catholique de Porrentruy, dans le but d'en obtenir, en faveur de la minorité catholique chré-

tienne, la co-jouissance des églises de Saint-Pierre et de Saint-Germain, de la cure avec ses dépendances, ainsi que de tous les objets servant au culte; en même temps, cette commission se réservait le droit de formuler encore des demandes ultérieures.

Le 5 Février 1880, le Conseil paroissial a annoncé à la Préfecture de Porrentruy qu'il avait passé à l'ordre du jour sur la requête de la Commission, attendu qu'il ne reconnaissait aucune existence légale à la communauté catholique chrétienne.

Par pétition du 15 du même mois, la Commission susdésignée s'adressa au Conseil exécutif de Berne, demandant qu'en application de l'article 19 chiffre 6 de la loi sur les cultes, à teneur duquel il appartient aux autorités cantonales de prononcer définitivement en cas de contestations ayant trait à la co-jouissance des Eglises, il lui plaise de statuer en dernière instance sur la requête écartée par le Conseil paroissial.

Dans une seconde requête, datée du 27 dit, la Commission demande au Conseil exécutif de se prononcer immédiatement sur la question de la co-jouissance de l'église et des objets appartenant au culte, la décision sur la question de la co-jouissance de la cure et des revenus paroissiaux pouvant être différée sans inconvénient.

Sous date du 7 Avril suivant, le Conseil paroissial de Porrentruy, auquel les demandes de la minorité avaient été communiquées, conclut, auprès du Conseil exécutif :

1° A ce que la requête de la Commission soit écartée.

2° A ce que, pour le cas où le Conseil exécutif serait d'avis qu'il faut accorder une église aux pétitionnaires, ceux-ci soient renvoyés à l'autorité compétente, pour juger s'il y a lieu de leur accorder la jouissance soit de l'église des Jésuites, soit de celle des Annonciades, soit encore de la chapelle du collège.

Statuant, et vu le rapport de la Direction des cultes, le Conseil exécutif a pris, le 25 Mai 1880, l'arrêté dont suit la teneur :

« Considérant :

» 1° Qu'aux termes de l'art. 6 chiffre 19 de la loi du » 18 Janvier 1874 sur les cultes, il appartient au Conseil de » paroisse de disposer des églises, sous réserve de la décision » définitive des autorités supérieures en cas de conflit;

» 2° Que la décision définitive de l'Etat est limitée par la » loi à ce qui à trait à la jouissance des églises;

» 3° Que les minorités de Porrentruy et de Delémont qui » ont pétitionné font partie des paroisses publiques reconnues » par l'Etat, et contribuent à en supporter les charges;

» nous avons

décidé :

» 1° Il est entré en matière sur la demande des minorités » de Porrentruy et de Delémont relativement à la jouissance » des églises, en ce sens que les conseils de paroisse leur » assigneront une église convenable pour célébrer le service » divin.

» 2° Les demandes adressées au Conseil de paroisse de- » vront renfermer, en tant que cela n'a pas déjà eu lieu :

» *a*) La preuve que les pétitionnaires forment un nombre » important de membres de la communauté;

» *b*) Le nombre et les noms des ecclésiastiques ou des » membres de la communauté qui doivent exercer ou diriger » le service privé;

» *c*) Le jour et le nombre des heures pour lesquels on dé- » sire l'usage de l'église;

» *d*) La désignation des cérémonies particulières, le genre » de musique, etc., qui peuvent se rattacher au service » divin;

» *e*) L'indication si et quand les cloches seront utilisées.

» 3° Dans le cas où le service aurait lieu par l'usage en » commun de la même église, le Conseil de paroisse fixera » la durée de la jouissance et les conditions ultérieures sous » lesquelles cette jouissance sera accordée.

» 4° Si les conditions fixées par le Conseil paroissial ne » sont pas observées, celui-ci aura en tout temps le droit de » retirer l'autorisation.

» 5° Si dans le terme de 14 jours, à partir de la demande » et de la production des preuves exigées, les majorités et » minorités des deux paroisses de Porrentruy et de Delémont » ne peuvent s'entendre, le Conseil exécutif se réserve de » prononcer ultérieurement.

» 6° La demande des pétitionnaires concernant la co-jouis- » sance des objets servant au culte, vêtements, calices, ainsi » que des cures, est écartée. »

C'est contre cet arrêt que le Conseil paroissial de Porrentruy a recouru au Tribunal fédéral ; il conclut à ce qu'il lui plaise l'annuler comme rendu par le Conseil exécutif en dehors de sa compétence, comme inconstitutionnel et lésant les droits de propriété de la paroisse de Porrentruy.

Le recourant fait valoir, en résumé, les considérations suivantes à l'appui de sa conclusion :

En thèse générale, la Constitution fédérale garantit à tout culte son identité particulière, ses dogmes, ses cérémonies spéciales, pour autant qu'ils ne sont pas contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs. La Constitution cantonale de 1846 va plus loin encore : elle garantit, à son art. 80, les droits de l'Eglise catholique romaine, dans les communes qui professent cette religion. Or parmi ces droits se trouve indubitablement celui de se servir de ses églises, et d'y célébrer sans crainte de profanation les cérémonies de son culte. La liberté des cultes n'existerait point si elle pouvait être troublée par des manifestations contraires aux croyances d'un culte reconnu, dans le temple même où se célèbrent ses mystères et les cérémonies qui lui sont propres. Cette liberté est exclusive de sa nature ; elle ne comporte point de partage, pas plus que le droit de propriété. La liberté des cultes n'existera pas davantage si, par un simple arrêté administratif, les pouvoirs publics peuvent chasser les adhérents d'une religion de ses temples, et les affecter à une destination contraire au but pour lequel ils ont été édifiés. C'est cependant ce qui se produirait si, par l'arrêté dont est recours, le pouvoir pouvait enlever à la population catholique de Porrentruy une de ses églises, ou la forcer de céder la co-jouissance de l'église paroissiale à un culte dissident.

Le droit de propriété de la paroisse de Porrentruy sur l'église paroissiale et les chapelles faisant partie du domaine de la fabrique est mis en question et annihilé par le prédit arrêté. Ce droit de propriété, plusieurs fois séculaire, est consacré par l'Acte de réunion de 1815, et par l'art. 69 de la Constitution cantonale, qui garantit aux communes et autres corporations leurs biens comme propriété privée. La paroisse catholique de Porrentruy possède donc ses églises comme propriété privée ; elles ont une destination spéciale qui exclut la co-jouissance forcée avec un culte dissident. Changer violemment cette destination légale par un arrêté administratif est une mesure qui tombe dans la catégorie des actes constituant une violation des droits constitutionnellement garantis à la corporation paroissiale de Porrentruy. La surveillance de l'Etat sur les biens des corporations doit, aux termes de l'art. 69 précité, s'exercer d'une manière uniforme sur tout le territoire du canton ; le Conseil exécutif ne peut donc édicter au sujet de la possession et de l'utilisation des biens paroissiaux des prescriptions différentes dans les différentes parties du canton; ce qu'on n'oserait pas tenter dans la partie protestante ne doit pas être consommé dans la partie catholique.

L'arrêté du 25 Mai 1880 contrevient encore aux principes de la loi bernoise du 14 Janvier 1874 sur l'organisation des cultes. Cette loi reconnaît le principe de la propriété des églises en faveur des paroisses. En ce qui concerne l'usage des églises, l'art. 19 chiffre 6 met au nombre des attributions du Conseil de paroisse les décisions à prendre sur l'utilisation des bâtiments destinés au culte, sous réserve, il est vrai, de la décision définitive des autorités de l'Etat en cas de contestation. Le droit des paroisses d'utiliser leurs églises pour les besoins de leur culte est entier et sans restriction, c'est le droit du propriétaire ; en assignant à la minorité dissidente une église pour son culte, le gouvernement détourne cet édifice de sa destination légale, qui est celle d'être employée au service du culte de la religion catholique romaine, soit celle de la majorité de la paroisse de Porrentruy. Le Conseil exécutif est sans droit, comme sans qualité, pour assigner aux dépens de la paroisse légalement reconnue,

ni l'église paroissiale, ni une église de la fabrique à de prétendus dissidents, qui ne se séparent point de la paroisse et veulent continuer à en faire activement partie. C'est aux tribunaux civils seuls qu'appartient le droit de statuer sur toutes demandes restrictives du droit de propriété des paroisses, surtout si la restriction devait affecter un caractère permanent.

Dans sa réponse, le gouvernement de Berne conclut au rejet du recours, par les motifs principaux ci-après :

Le Tribunal fédéral est incompétent pour examiner le recours au point de vue d'une prétendue violation de la liberté de conscience et de croyance ; en revanche il doit s'en nantir en ce qui touche l'art. 80 de la Constitution cantonale ; cette disposition se borne toutefois à garantir les droits des Eglises organisées par la loi, et cette garantie ne s'étend pas à certains dogmes spéciaux. La Constitution bernoise de 1846, en garantissant les droits de l'Eglise « catholique romaine, » ne parle de celle-ci qu'en opposition aux autres Eglises catholiques (grecque, russe, etc.) et ne peut avoir eu en vue alors les scissions qui, comme l'Eglise chrétienne catholique, sont de beaucoup postérieures à cette date.

Le fait que l'Etat reconnaît les mêmes droits aux deux tendances dogmatiques opposées qui divisent actuellement l'Eglise catholique, et qu'il entoure l'une comme l'autre de sa protection, ne saurait être considéré comme une atteinte portée à la liberté de conscience.

L'arrêté dont est recours n'implique pas davantage une violation de la propriété ; il se borne en effet à prendre les mesures pour que l'usage et l'administration de cette propriété aient lieu conformément à leur destination ; or la Constitution, ainsi que la loi ecclésiastique cantonale, confèrent expressément cette compétence à l'Etat.

Le recours allègue avec tout aussi peu de raison une prétendue violation, par le même arrêté, de l'art. 69 de la Constitution cantonale, statuant que la surveillance de l'Etat sur les biens de corporation doit s'exercer d'une manière uniforme sur tout le canton. Les recourants ne citent aucun fait propre à donner à ce grief la moindre consistance.

L'interprétation des principes contenus dans la loi ecclésiastique, pour autant qu'ils ne touchent pas la Constitution, échappe à la compétence du Tribunal fédéral. L'intervention de l'Etat par l'arrêté dont il s'agit est d'ailleurs pleinement justifiée par l'art. 19 chiffre 6 de la loi susvisée, attribuant au conseil de paroisse « l'inspection des bâtiments destinés au » culte et les décisions à prendre sur leur utilisation, *sous » réserve toutefois de la décision définitive des autorités de » l'Etat en cas de contestation.* »

Or on se trouve précisément, dans l'espèce, en présence d'une contestation semblable. L'affirmation du recours que l'Etat ne peut exercer son droit de surveillance que par la voie d'une action civile est en opposition directe avec la Constitution et la législation en matière de paroisses.

Dans leurs réplique et duplique, les parties reprennent, avec de nouveaux développements, leurs conclusions respectives.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

1° Le présent recours est dirigé par le Conseil paroissial de Porrentruy — autorité légalement constituée pour représenter la dite paroisse — contre un arrêté du Gouvernement du canton de Berne, que le Conseil paroissial susindiqué estime pris en violation des droits garantis aux corporations par les Constitutions fédérale et cantonale. La recevabilité du recours à la forme ne peut dès lors faire l'objet d'aucun doute en présence des dispositions de l'art. 59 de la loi sur l'organisation judiciaire fédérale, et la compétence du Tribunal fédéral pour s'en nantir dans les limites tracées au dit article n'a été contestée d'aucune part.

2° Les griefs formulés par le recours à l'adresse de l'arrêté du 25 Mai 1880 peuvent être résumés sous quatre chefs principaux, consistant à alléguer :

a) Que le dit arrêté viole la liberté de conscience et de croyance et la liberté des cultes, garanties par la Constitution fédérale.

b) Qu'il va à l'encontre du principe de l'inviolabilité de la propriété, proclamé à l'art. 83 de la Constitution bernoise,

et consacré d'une manière toute spéciale, en ce qui concerne les biens des corporations, à l'art. 69 ibidem.

c) Que cet arrêté méconnaît la disposition du même art. 69, portant que la surveillance de l'Etat sur les biens de corporation doit s'exercer d'une manière uniforme sur tout le territoire du canton.

d) Que l'arrêté dont est recours méconnaît les droits de l'Eglise catholique romaine, formellement garantis à l'art. 80 de la même Constitution.

Il y a lieu de passer successivement en revue ces divers moyens.

3° *ad a*. Le Tribunal fédéral n'est point compétent pour examiner la prétendue atteinte portée à la liberté de conscience et de croyance et à la liberté des cultes garanties aux articles 49 et 50 de la Constitution fédérale.

L'art. 59 de la loi sur l'organisation judiciaire attribue en effet, sous chiffre 6°, à la connaissance exclusive soit du Conseil fédéral, soit de l'Assemblée fédérale, les contestations ayant trait aux articles susvisés, à la seule réserve de celles relatives aux impôts et de celles de droit privé auxquelles donne lieu la création de communautés religieuses nouvelles ou une scission de communautés religieuses existantes. (Art. 49 al. 6 et art. 50 al. 3 de la Const. féd.)

Le recours actuel ne rentrant évidemment point dans l'une de ces deux catégories et les recourants ne le prétendant même pas, le Tribunal fédéral ne saurait se nantir des réclamations des recourants sur ce premier chef, et doit renvoyer ceux-ci à les faire valoir, s'ils le jugent convenable, devant l'autorité fédérale compétente.

ad b. Le recours arguë d'une atteinte portée au principe de la propriété au double point de vue de l'art. 4 de l'Acte de réunion du ci-devant évêché de Bâle au canton de Berne du 23 Novembre 1815 et des garanties contenues aux art. 83 et 69 précités de la Constitution cantonale.

Le premier de ces griefs ne saurait être accueilli.

Ainsi que le Tribunal fédéral l'a prononcé dans son arrêt du 12 Avril 1876 en la cause Commune des Bois contre Etat

de Berne, l'art. 4 de l'acte de réunion précité, assurant aux communes catholiques la propriété et l'administration des fonds de fabrique, ne peut avoir pour effet de faire considérer les biens d'Eglise, au point de vue des droits de jouissance exercés sur eux par les communes ou paroisses, comme des biens privés de l'Eglise catholique. Au contraire, ces biens restent propriété communale ou paroissiale avec caractère public, administrée sous la haute surveillance de l'Etat; ils ont toujours été considérés comme affectés par leur nature et leur destination au service du culte public de la religion catholique reconnue par l'Etat. Si leur administration est attribuée aux autorités paroissiales ou communales respectives, le droit de l'Etat de déterminer les bases et d'organiser les détails de cette administration par voie législative a toujours été réservé et reconnu. (Voir le dit arrêt, Rec. II, pag. 291 et suiv.)

Il y a lieu d'ailleurs de remarquer que, sous l'empire de la Constitution fédérale, l'art. 4 de l'Acte de réunion de 1815 ne saurait créer en faveur des habitants ou des corporations du Jura bernois un droit spécial, ni faire exception au droit public de la Confédération; les seuls droits constitutionnels garantis à cette partie du canton sont ceux qu'assurent soit la Constitution fédérale, soit celle de Berne à *tous* les citoyens de cet Etat.

Le second grief susrappelé, tiré d'une prétendue violation du principe proclamé aux art. 83 et 69 de la Constitution cantonale est également mal fondé.

Ce dernier article statue, il est vrai, à son premier alinéa, que la Constitution garantit aux communes, aux bourgeoisies et aux autres corporations leurs biens comme propriété privée, et que c'est à elles qu'appartient exclusivement l'administration de ces biens.

Il est toutefois inadmissible d'interpréter ces mots « propriété privée » dans le sens revendiqué par les recourants d'un droit illimité de disposition attribuée à la corporation ou paroisse propriétaire. Une assimiliation complète de la propriété corporative au domaine privé individuel — surtout

lorsqu'elle est consacrée, comme les églises, à l'usage des membres de la communauté — est en effet incompatible avec la destination de biens affectés, par leur nature, à des services publics. C'est précisément dans le but de conserver les dits biens à leur destination que le législateur a constamment soumis leur administration à la haute surveillance et au contrôle de l'Etat. Ces principes ont reçu leur consécration expresse à l'art. 69 susvisé, dont les alinéas 2 et 3 statuent que « le produit des biens de corporation devra être employé » conformément à sa destination, et que tous ces biens sont » sous la surveillance de l'Etat. »

Il résulte d'ailleurs clairement des procès-verbaux de la Constituante de 1846 que l'intention du législateur constituant, en garantissant les biens de corporation comme propriété privée, a été non point de leur imprimer le caractère de biens privés dans le sens ordinaire de ce terme, c'est-à-dire de biens dont le propriétaire peut disposer de la manière la plus absolue, mais seulement de les différencier de la propriété publique, des choses à l'usage de tous, qui, comme telles, sont exclues du domaine privé.. « Tous les biens dont il s'agit dans cet article, » dit l'auteur de la proposition dont est sorti l'article 69 actuel, « doivent être considérés comme » des biens particuliers des diverses corporations, *mais des-* » *tinés à un but public.* » (Voir Bulletin des délibérations de l'Assemblée constituante de la République de Berne, N° 128, pag. 4.)

En exigeant du Conseil de paroisse de Porrentruy qu'il assigne à la minorité l'usage ou la co-jouissance d'une église convenable pour célébrer le service divin, le Conseil exécutif n'a fait qu'user d'une prérogative résultant pour lui de son droit de haute surveillance, et expressément prévue à l'art. 19 § 6 de la loi sur l'organisation des cultes de 1874, lequel réserve aux autorités de l'Etat, en cas de contestation, la décision définitive sur l'utilisation des bâtiments destinés au culte. Par cet acte de haute administration, l'autorité exécutive du canton de Berne n'a point porté atteinte au droit de propriété de la paroisse sur les bâtiments destinés au culte; elle s'est bornée

à en régler l'utilisation dans la sphère de ses attributions. (Voir aussi arrêt du Tribunal féd. du 25 Mars 1876 en la cause Commune de Pregny, considérants 3 et suivants, Rec. off. II, pag. 89.)

ad c. Sur la violation prétendue du principe de l'uniformité de la surveillance à exercer par l'Etat sur les biens de corporation:

Il faut remarquer en première ligne que conformément à ce principe, la loi sur les cultes est applicable, sans acception de confession sur le territoire entier du canton de Berne.

Le recours se borne d'ailleurs à affirmer que le Gouvernement du dit Canton ne prendrait certainement pas, en cas de scission dogmatique dans le sein de l'Eglise nationale protestante, un arrêté semblable à celui du 25 Mai 1880. Les recourants n'appuyant cette appréciation sur aucun fait concret, il est sans intérêt de s'arrêter sur une opinion exprimée au sujet de ce que pourrait être dans l'avenir l'attitude du Conseil exécutif vis-à-vis d'une situation future dont l'éventualité est actuellement incertaine.

ad d. Les recourants estiment enfin que l'art. 80 de la Constitution bernoise, garantissant les droits de l'Eglise catholique romaine, est violé par le fait que l'arrêté du 25 Mai, en contraignant la majorité à assigner l'usage ou à accorder la co-jouissance d'une église à la minorité, consacre une vraie profanation, laquelle porte atteinte aux dogmes fondamentaux, et par conséquent aux droits de l'Eglise catholique romaine.

Ce point de vue ne peut être soutenu en présence de la genèse même de l'art. 80. Il résulte de la comparaison de cette disposition avec toutes les garanties analogues proclamées dans d'autres constitutions suisses, et il ressort en particulier de sa rédaction dans les constitutions précédentes du canton de Berne, qu'elle n'a jamais eu d'autre but que de garantir à l'Eglise nationale évangélique réformée et à l'Eglise catholique romaine leur existence légale, le libre exercice de leur culte et leur fonctionnement dans l'organisme de l'Etat en conformité des lois. Or, comme il a déjà été dit, l'examen de

la question de savoir s'il y a, dans l'espèce, atteinte portée à la liberté des cultes, échappe à la juridiction du Tribunal fédéral.

Les recourants estiment en outre que le Conseil exécutif, en obtempérant comme il l'a fait à la requête de la minorité de Porrentruy, a outrepassé ses attributions, et empiété sur les droits dont le dit art. 80, ainsi que la loi sur l'organisation des cultes, réservent l'exercice au Conseil de paroisse.

L'arrêté du 25 Mai 1880, en se bornant à inviter le Conseil de paroisse de Porrentruy à assigner à la dite minorité l'usage ou la co-jouissance d'une église convenable pour célébrer le service divin, n'a point excédé la compétence dont le Conseil exécutif est revêtu aux termes de la loi.

L'art. 19 chiffre 6, précité, de la loi sur l'organisation des cultes prévoit sans doute, au nombre des attributions du Conseil de paroisse, la surveillance du service divin, l'inspection des bâtiments destinés au culte et les décisions à prendre sur leur utilisation, mais sous la réserve expresse, déjà mentionnée plus haut, *de la décision définitive des autorités de l'Etat en cas de contestation.* En intervenant ainsi qu'il l'a fait dans un conflit né entre membres de la même paroisse, et relatif à l'utilisation d'églises, l'Etat n'a fait qu'user de la faculté que lui assure soit la réserve susmentionnée, soit le droit de haute surveillance prévu à l'art. 69 de la Constitution cantonale.

L'arrêté ne lésant aucun des droits garantis par la Constitution, le Conseil exécutif était d'ailleurs compétent pour trancher, par voie d'interprétation, la question de savoir s'il se trouvait réellement en présence d'un des cas de contestation légitimant son intervention aux termes de l'art. 19 susvisé. Le Tribunal fédéral, en effet, a seulement à examiner s'il y a atteinte portée aux droits constitutionnels garantis, et l'interprétation des lois cantonales est restée dans la compétence des autorités cantonales respectives.

Il suit de tout ce qui précède que dans sa teneur actuelle l'arrêté dont il s'agit n'implique aucune violation des dispositions constitutionnelles visées dans le recours.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est écarté comme mal fondé.

IV. Verwaltung von Stiftungsgütern.

Administration de fondations.

102. Urtheil vom 19. November 1880 in Sachen Alois Weißenbach'sche Familienstiftung.

A. Der im Jahre 1876 verstorbene Alois Weißenbach, gew. Stadtammann von Bremgarten hat durch letzte Willensverordnung eine Stipendienstiftung gegründet, zu deren Genuße berufen sind: in erster Linie eine Anzahl Seitenverwandte des Stifters und deren männliche Nachkommen, in zweiter Linie, nach dem Aussterben dieser Stämme die weitern Agnaten des Geschlechtes Weißenbach, und in dritter Linie für die Zeit, wo das ganze Geschlecht im Mannesstamme erloschen sein sollte, die Stadt Bremgarten; in letzterer Beziehung ist bestimmt: „Ist das ganze Geschlecht Weißenbach ausgestorben, so ist der Stiftungsfonds für die verarmten Bürger und Bürgerinnen und theilweise für arme Schulkinder derselben und zur Belebung und Aeufnung der Musik der Stadtgemeinde Bremgarten zu verwenden." Ueber die Verwaltung der Stiftung ist im wesentlichen vorgeschrieben: Dieselbe ist durch einen von den jeweiligen Stiftungsgenossen zu wählenden Verwalter zu besorgen; dieser Verwalter hat alljährlich auf den 31. Dezember in der Versammlung der Stiftungsgenossen dem Stiftungsrathe Rechnung abzulegen und der letztere passirt diese Rechnung. Der Gemeindrath von Bremgarten hat in Folge der Anwartschaft der Gemeinde Bremgarten auf den Stiftungsfonds das Recht, jede Jahrrechnung zur Einsicht zu verlangen. Entstehen Anstände bezüglich der Erhaltung, Sicherung, Vermehrung und Nutznießung des Fonds, so entscheidet in erster Instanz der Stiftungsrath, in zweiter Instanz ein Schiedsgericht.

B. Auf Nachsuchen einiger der in zweiter Linie zur Nutznießung der fraglichen Stipendienstiftung berufenen Angehörigen des Geschlechtes Weißenbach beschloß am 26. März 1879 der Regierungsrath des Kantons Aargau, gestützt darauf, daß das Aufsichtsrecht des Staates über die fragliche Stiftung als eine milde Stiftung nach Mitgabe des § 70 litt. b des Organisationsgesetzes für den Regierungsrath außer Zweifel stehe, die Rechnungen der fraglichen Stiftung seien dem Bezirksamte Bremgarten zur gesetzlichen Behandlung im Sinne von § 70 litt. b des Organisationsgesetzes für den Regierungsrath mitzutheilen.

C. Gegen diesen Beschluß ergriff der Verwaltungsrath der Weißenbach'schen Stiftung den Rekurs an das Bundesgericht. Nachdem das Bundesgericht denselben durch Beschluß vom 27. Juni 1879 mit seiner Beschwerde zunächst an den Großen Rath des Kantons Aargau gewiesen, letztere Behörde indeß durch Beschluß vom 17. Mai 1880 die Beschwerde abgewiesen hatte, gelangte der Verwaltungsrath der Weißenbach'schen Stiftung von neuem beschwerend an das Bundesgericht. In seiner Beschwerdeschrift stellt er den Antrag: Das Bundesgericht wolle die Schlußnahme des aarg. Großen Rathes vom 17. Mai 1880 und des aarg. Regierungsrathes vom 26. März 1879, welcher die Weißenbach'sche Stiftung unter staatliche Oberverwaltung stelle, aufheben, weil dieselbe gegen § 19 der aargauischen Verfassung (Unverletzlichkeit wohlerworbener Privatrechte) bezw. auch gegen § 16 der gleichen und Art. 58 der Bundesverfassung (Gewährleistung des richterlichen Schutzes) verstoße. Zur Begründung wird im wesentlichen geltend gemacht: Nach § 52 litt. c der Staatsverfassung des Kantons Aargau habe der Regierungsrath die Oberaufsicht über die Gemeinde-, Armen-, Schul-, Kirchen-, Pfrund- und Bruderschaftsgüter, sowie über die frommen Stiftungen auszuüben, was auch in § 70 des Gesetzes über die Organisation des Regierungsrathes, wo diese Gegenstände dem Ressort der Direktion des Innern zugewiesen werden, ausgesprochen werde. Allein als fromme Stiftungen können nur öffentliche Stiftungen betrachtet werden; dies ergebe sich auch aus § 25 des Gesetzes über Einrichtung der Bezirksämter vom 16. März 1854, wonach der Passation durch den Bezirksammann

die Gemeinds-, Armen-, Schul-, Kirchen- und sonstigen öffentlichen Stiftungsgutsrechnungen unterliegen. Nur in Bezug auf öffentliche Stiftungen stehe also der Staatsbehörde im Kanton Aargau ein Oberaufsichtsrecht zu. Nun sei die Weißenbach'sche Stiftung gegenwärtig eine Familienstiftung rein privater Natur; daß sie im Verlaufe der Zeit, bei Aussterben des Geschlechtes Weißenbach, einst eine öffentliche Stiftung werden könnte, ändere hieran für die Gegenwart nichts. Die fragliche Stiftung stehe also gesetzlich keineswegs unter der Oberverwaltung und Oberaufsicht des Staates; auch der Stifter habe dies offenbar nicht gewollt, wie sich darin zeige, daß er dem Gemeindrathe von Bremgarten lediglich das Recht zur Einsichtnahme, nicht aber zur Passation der Rechnungen eingeräumt habe und daß er für allfällige Anstände ein Schiedsgericht vorgesehen habe. In der angefochtenen Schlußnahme, durch welche die aargauischen Staatsbehörden ein Oberverwaltungs- und Oberaufsichtsrecht über die Stiftung in Anspruch nehmen, liege daher ein Eingriff in wohlerworbene Privatrechte der zur Verwaltung berufenen Stiftungsgenossen, da diesen allerdings ein Privatrecht auf selbständige Verwaltung der Stiftung zustehe. Ueberdem werden die zur Verwaltung berufenen Stiftungsgenossen dadurch, daß die Verwaltung der Stiftung unter staatliche Kontrole gestellt werde, dem verfassungsmäßigen Richter entzogen; denn die Verwaltung einer Privatstiftung bezw. einer Familienstiftung könne gesetzlich nicht durch eine Verwaltungsverfügung, sondern nur durch eine gerichtliche Entscheidung remedirt werden; dieselbe stehe nicht unter der arbiträren Leitung der Verwaltungsbehörden, sondern nur unter der Jurisdiktion der Gerichte und dieses Verhältniß werde nun durch die angefochtenen Verfügungen verändert.

D. Der Regierungsrath des Kantons Aargau beantragt in seiner Vernehmlassung Abweisung des Rekurses, indem er im wesentlichen ausführt: Die Weißenbach'sche Stiftung sei eine öffentliche, milde oder gemeinnützige Stiftung, welche gesetzlich dem Oberaufsichtsrechte des Staates unterstehe. Der Stifter sage denn auch selbst, daß seine Hinterlassenschaft „als bleibendes Stiftungsgut für wohlthätige Zwecke auf alle künftige Zeit" verbleiben solle. Daß der Kreis der Nutzungsberechtigten zunächst

ein engerer, auf die Familie bezw. das Geschlecht des Stifters beschränkter sei, ändere hierin nichts. Von einer Verletzung wohlerworbener Rechte durch die angefochtenen Schlußnahmen könne nicht die Rede sein. Denn die Staatskontrole habe keineswegs einen Angriff auf die Substanz des Vermögens, sondern lediglich die Fürsorge für die Erhaltung des Kapitals und die stiftungsgemäße Verwendung der Zinse zum Zweck. Ebensowenig könne davon gesprochen werden, daß die Rekurrenten ihrem verfassungsmäßigen Richter entzogen werden. Die Oberaufsicht der Regierung beschränke sich darauf, daß sie die Rechnung der Stiftung durch das Bezirksamt passiren lasse. Dasselbe habe dabei zu prüfen, ob die Einnahmen und Ausgaben während des Rechnungsjahres gehörig aufgeführt und deren Richtigkeit durch Belege oder Bescheinigungen gehörig nachgewiesen sei, sowie im fernern den Kapitalbestand zu untersuchen, für allfällige Ergänzung desselben zu sorgen und endlich zu prüfen, ob die Erträgnisse stiftungsgemäß verwendet worden seien. Darüber dagegen, ob Jemand die erforderliche Qualifikation zur Nutzungsberechtigung habe, überhaupt über die Ansprüche rein privatrechtlicher Natur, die von irgendjemand gegenüber dem Stiftungsvermögen gestützt auf die Stiftungsurkunde oder gestützt auf irgend einen andern Akt geltend gemacht werden, habe einzig und allein der Civilrichter zu entscheiden. Privatrechte können also durch einen Verwaltungsentscheid nicht berührt werden, und wenn dies je geschehen sollte, so stände gegen eine derartige Maßregel jedermann der Rechtsweg offen.

E. Replicando sucht der Verwaltungsrath der Weißenbach'schen Stiftung die Ausführungen der Vernehmlassung zu widerlegen, ohne indeß etwas wesentlich neues anzubringen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Rekurs wird in erster Linie damit begründet, daß die angefochtenen Beschlüße des Regierungsrathes und des Großen Rathes des Kantons Aargau gegen § 19 der Staatsverfassung dieses Kantons verstoßen, welcher den Grundsatz ausspricht, daß alles Eigenthum unverletzlich sei. Allein von einer Verletzung dieser verfassungsmäßigen Garantie kann vorliegend offenbar nicht die Rede sein. Denn

a. Die in Frage stehende Stiftung qualifizirt sich offenbar gemäß § 19 des aargauischen bürgerlichen Gesetzbuches als eine juristische Person; das Stiftungsvermögen gehört also der Stiftung selbst, als idealem Rechtssubjekt, und keineswegs den Rekurrenten persönlich. Nun haben die Rekurrenten keineswegs dargethan, daß sie ein Privatrecht darauf erworben haben, das Vermögen der fraglichen Stiftung selbständig und ausschließlich jeder Kontrole einer öffentlichen Behörde zu verwalten. So lange sie aber diesen Nachweis, der auf dem Wege des ordentlichen Civilprozesses geführt werden müßte, nicht erbracht haben, ist auch nicht dargethan, daß eine Verletzung der verfassungsmäßigen Garantie der wohlerworbenen Rechte vorliege. (Vergl. Entscheid des Bundesgerichtes i. S. Schürmann und Konsorten, amtl. Sammlung III S. 314.) Schon aus diesem Grunde also müßte der Rekurs wenigstens zur Zeit abgewiesen werden.

b. Hiezu kommt aber: Die in Frage stehende Stipendienstiftung qualifizirt sich jedenfalls nicht als eine rein private Familienstiftung, sondern als eine Stiftung gemischter Natur, denn sie ist nicht lediglich im Interesse der Glieder einer bestimmten Familie gegründet, sondern sie hat, wenn auch allerdings in erster Linie die Glieder der engern und weitern Familie des Stifters zum Genuße der Stipendien berufen werden, einen weitergehenden, gemeinnützigen und öffentlichen Zweck. Demgemäß war aber auch der Regierungsrath des Kantons Aargau gemäß Art. 52 der aargauischen Kantonalverfassung vollständig berechtigt, deren Verwaltung der staatlichen Oberaufsicht zu unterstellen.

2. Erscheinen somit die angefochtenen Maßnahmen als in die verfassungsmäßige Kompetenz der Staatsbehörden fallend, so kann offenbar auch nicht von einer Verletzung des § 16 der aargauischen Staatsverfassung oder des Art. 58 der Bundesverfassung gesprochen werden.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird als unbegründet abgewiesen.

Fünfter Abschnitt. — Cinquième section.

Staatsverträge der Schweiz mit dem Ausland.
Traités de la Suisse avec l'étranger.

Auslieferung. — Extradition.

Vertrag mit Frankreich vom 15. Juni 1869.
Traité avec la France du 15 Juin 1869.

103. *Arrêt du 30 Octobre 1880 dans la cause Maunier.*

Par jugement rendu par défaut, le 20 Août 1875 par le Tribunal correctionnel de l'Arrondissement de Toulon et signifié le 27 Septembre même année, le nommé Maunier, Antoine-Frédéric-Néoclès, commissionnaire en vins, né à Puget-Ville (Var) le 8 Août 1836 et demeurant en dernier lieu dans cette dernière localité, a été condamné pour abus de confiance à treize mois d'emprisonnement, 25 fr. d'amende et aux frais en vertu des articles 408, 406, 52 du Code pénal, 166 et 194 du Code d'instruction criminelle.

Par office du 23 Septembre 1880, le parquet de Toulon, aux termes des art. 1 § 21 et 4 de la convention d'extradition du 9 Juillet 1869 entre la Suisse et la France, requiert du Département de Justice et Police de Genève l'arrestation provisoire de Maunier, actuellement domicilié dans cette ville.

Obtempérant à cette réquisition, le dit Département fit procéder le 26 Septembre 1880 à l'arrestation du prédit Maunier; celui-ci ayant protesté contre son arrestation, en se basant sur l'art. 9 du traité d'extradition entre la Suisse et la France et sur le fait que la peine à laquelle il était condamné était prescrite, il fut mis provisoirement en liberté sous caution.

Par note du 4 Octobre écoulé, l'Ambassade de France en Suisse demande l'extradition de Maunier, en vertu du jugement par défaut susvisé.

Maunier persiste à protester contre l'extradition demandée, en invoquant la prescription de sa peine.

Statuant ces faits et considérant en droit :

L'art. 9 du Traité du 9 Juillet 1869, statue que l'extradition pourra être refusée si la prescription de la peine ou de l'action est acquise d'après les lois du pays où le prévenu s'est réfugié depuis les faits imputés ou depuis la poursuite ou la condamnation.

Or l'art. 67 du Code pénal du canton de Genève, pays de refuge de Maunier, statue que les peines correctionnelles se prescrivent par cinq années révolues à compter de la date des jugements qui les ont prononcées.

Dans l'espèce, le jugement condamnant Maunier à une peine correctionnelle porte la date du 20 Août 1875; la prescription de cette peine était donc acquise le 20 Août 1880, et à plus forte raison le 26 Septembre suivant, date de l'arrestation provisoire de l'inculpé. Il n'y a ainsi pas lieu de déférer à la requête de l'Ambassade de France.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

L'extradition d'Antoine Frédéric Néoclès Maunier, est refusée.

B. CIVILRECHTSPFLEGE

ADMINISTRATION DE LA JUSTICE CIVILE

I. Abtretung von Privatrechten.

Expropriation.

104. Urtheil vom 29. Dezember 1880 in Sachen Benziger gegen Gotthardbahn.

A. Der Urtheilsantrag der Instruktionskommission ging dahin:

1. Die Gotthardbahngesellschaft ist pflichtig, dem Expropriaten zu bezahlen:

a. Für 203,5 Q.-M. Garten bei Nr. 250 und 259 à 7 Fr.	Fr. 1424 50
b. Für 33 Q.-M. Garten bei Nr. 257 à 6 Fr.	„ 198 —
c. Für 70 Q.-M. Garten bei Nr. 258 à 7 Fr.	„ 490 —
Total:	Fr. 2112 50

(zweitausend einhundert zwölf Franken fünfzig Rappen), sammt Zins zu fünf pro Cent vom Tage der Inangriffnahme des Abtretungsobjektes an.

2. Dispositiv 3—5 des Schatzungsbefundes werden bestätigt, und es wird demnach Expropriat mit seinen weiter gehenden Begehren abgewiesen.

B. Dieser Urtheilsantrag wurde von der Gotthardbahngesellschaft gemäß Erklärung ihrer Direktion vom 13. Dezember 1880 nicht aber vom Expropriaten angenommen. Vermittelst schriftlicher Eingabe vom 22. Dezember 1880, sowie bei der heutigen Verhandlung stellt der Vertreter des Expropriaten die Anträge: Die Gotthardbahngesellschaft sei zu verpflichten, für die Enteig-

nung der Parzellen 257 und 258 ihm den von ihm bezahlten Kaufpreis von je 1000 Fr. zu bezahlen, sowie die etwa 10 Fuß hohe Mauer, welche sie neu aufgeführt habe, mit einem eisernen Geländer zu versehen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Der Vertreter der Gotthardbahngesellschaft trägt auf Abweisung der gegnerischerseits gestellten Anträge und Bestätigung des Urtheilsantrages der Instruktionskommission unter Kostenfolge an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Es ist gegenwärtig zwischen den Parteien nur noch die Landentschädigung für die Parzellen Nr. 257 und 258, sowie die Verpflichtung der Gotthardbahngesellschaft zur Erstellung eines eisernen Geländers auf der von ihr erstellten Mauer streitig, so daß nur noch diese beiden Streitpunkte zu prüfen sind.

2. Was nun zunächst das Begehren des Expropriaten in der letzterwähnten Beziehung anbelangt, so erscheint dasselbe ohne Weiters als unbegründet; denn die Gotthardbahngesellschaft kann in dieser Richtung (Art. 7 des Bundesgesetzes betreffend Verbindlichkeit zur Abtretung von Privatrechten) gesetzlich zu nichts Anderem angehalten werden, als dazu, das Bahngebiet in einer dem Interesse der öffentlichen Sicherheit und der Sicherheit des Einzelnen entsprechenden Weise einzufriedigen.

3. Betreffend die Entschädigung für Abtretung der Parzellen 257 und 258 sodann, so erscheint das Begehren des Expropriaten, daß die Gotthardbahngesellschaft verhalten werde, ihm als Entschädigung den von ihm bezahlten Kaufpreis von 2000 Fr. zu erstatten, ebenfalls als unbegründet. Denn:

a. Nach anerkanntem Rechtsgrundsatze (Art. 3 des Bundesgesetzes betreffend Verbindlichkeit zur Abtretung von Privatrechten) ist bei der Zwangsenteignung dem Enteigneten lediglich der Vermögenswerth des enteigneten Objektes zu ersetzen, während ein allfälliger Affektionswerth, den dasselbe für den Expropriaten haben mag, überall nicht in Betracht kommt. Für die Bestimmung der Entschädigung ist daher ausschließlich der Vermögenswerth des Enteignungsgegenstandes im Momente der Enteignung entscheidend, und es kann somit der vom Expropriaten bezahlte Kaufpreis keineswegs schlechthin maßgebend sein. So wenig als der Expropriant deßhalb, weil der Enteignete das

Enteignungsobjekt um einen den wahren Werth desselben nicht erreichenden Kaufpreis erworben hat, die Verpflichtung zum Ersatze des vollen, den Kaufpreis übersteigenden Werthes ablehnen kann, so wenig kann der Expropriat deßhalb, weil er, sei es deßhalb, weil der Enteignungsgegenstand für ihn ein Affektionsinteresse darbietet, sei es aus andern Gründen, zu theuer erworben hat, als Enteignungsentschädigung schlechthin den von ihm bezahlten Kaufpreis verlangen.

b. Durch das Gutachten der bundesgerichtlichen Experten, dem die bundesgerichtliche Instruktionskommission auf Grund der Augenscheinsergebnisse sich angeschlossen hat, ist nun der Vermögenswerth der in Frage stehenden Parzellen mit Rücksicht auf ihre Bodenbeschaffenheit und Lage in zutreffender Weise festgestellt und dargethan, daß der Expropriat für die fraglichen Parzellen, im Interesse der Vergrößerung seiner Besitzung, einen Preis der Vorliebe bezahlt hat; nach Maßgabe der sub a aufgestellten Grundsätze ist somit dem Expropriaten lediglich der durch die Expertise ermittelte Werth als Entschädigung gutzusprechen.

c. Wenn der Expropriat dem gegenüber die Verpflichtung der Gotthardbahngesellschaft, ihm den bezahlten Kaufpreis zu ersetzen, daraus abzuleiten sucht, daß er die fraglichen Parzellen erst nach stattgefundener Planauflage und in Folge einer dem Flächenverzeichnisse auf Veranlaßung eines Beamten der Gotthardbahngesellschaft beigefügten Notiz, daß die fraglichen Parzellen nicht in Abtretung fallen, erworben habe, so ist darauf zu erwidern, daß, auch die Richtigkeit dieser Behauptung vorausgesetzt und zugegeben, daß die fragliche unrichtige Eintragung im Flächenverzeichnisse auf einem von der Gotthardbahngesellschaft zu vertretenden Verschulden beruhe, daraus doch niemals abgeleitet werden könnte, daß letztere verpflichtet sei, dem Expropriaten einen den wahren Werth der fraglichen Parzellen übersteigenden, von ihm bezahlten Kaufpreis zu ersetzen. Denn die Erwerbung der fraglichen Parzellen um einen den wahren Werth derselben übersteigenden Preis könnte jedenfalls nicht auf das Verschulden der Gotthardbahngesellschaft zurückgeführt werden. Es könnte übrigens ein derartiger nicht auf die Enteignung, sondern auf ein

Verschulden der Gotthardbahngesellschaft begründeter Anspruch auf eine den wahren Werth des Enteignungsgegenstandes übersteigende Entschädigung jedenfalls nicht im gegenwärtigen Verfahren geltend gemacht werden, sondern wäre, wie jeder andere Anspruch ex delicto im Wege des ordentlichen Civilprozesses geltend zu machen.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Urtheilsantrag der Instruktionskommission wird zum Urtheile erhoben.

II. Haftpflicht der Eisenbahnen u. s. w. bei Tödtungen und Verletzungen.

Responsabilité des entreprises de chemins de fer, etc. en cas d'accident entraînant mort d'homme ou lésions corporelles.

105. Urtheil vom 9. Oktober 1880 in Sachen Steiner gegen Nordostbahn.

A. Durch Urtheil vom 17. August 1880 hat die Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich erkannt:

1. Die Beklagte ist schuldig, an den Kläger 965 Fr. 45 Cts. für Heilungs- und Verpflegungskosten zu bezahlen in der Meinung, daß die Beklagte dem Kläger auch weitere in Folge seiner Verletzung entstehende Heilungskosten zu erstatten hat.

2. Für die Zeit vom 1. Dezember 1876 bis 1. September 1877 hat die Beklagte den Kläger mit 2565 Fr. zu entschädigen, abzüglich der für diese Zeit bereits erhaltenen Beträge.

3. Für die Zeit vom 1. September 1877 bis 1. September 1879 hat die Beklagte den Kläger mit 6840 Fr. zu entschädigen.

4. Vom 1. September 1879 bis zum 1. September 1881 hat die Beklagte dem Kläger jährlich eine Summe von 1710 Fr.

zu bezahlen, vorbehältlich des Rechtes des Klägers, s. Z. Weiteres zu fordern, sofern die Erwerbsfähigkeit noch eine geminderte sein sollte.

5. Die 56 Fr. 30 Cts. betragenden Auslagen des Klägers für die Reise nach Bern und den dortigen Aufenthalt sind zu den Gerichtskosten zu schlagen.

6. u. s. w.

7. Die erst- und zweitinstanzlichen Kosten sind den Parteien zu gleichen Theilen auferlegt.

B. Gegen dieses Urtheil erklärten die Beklagte und ihre Litisdenunziatin die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung stellt der Vertreter der Beklagten die Anträge:

1. Es sei die Entschädigung für Verpflegungs- und Heilungskosten angemessen zu reduziren;

2. Ebenso seien die in Dispositiv 2, 3 und 4 des Urtheils der Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich gesprochenen Entschädigungen angemessen herabzusetzen,

unter Kostenfolge.

Gleichzeitig gibt derselbe die Erklärung ab, daß er sich in Bezug auf das Verhältniß der Beklagten zu ihrer Litisdenunziatin alle Rechte und Einreden wahre. Der Vertreter der Litisdenunziatin erklärt ebenfalls in Bezug auf das Verhältniß der Litisdenunziatin zur Beklagten, sich alle Rechte zu wahren und schließt sich im Uebrigen den beklagtischerseits gestellten Anträgen an.

Der Vertreter des Klägers dagegen beantragt, es seien die gegnerischerseits gestellten Anträge abzuweisen und das Urtheil der Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 17. August 1880 in allen Theilen zu bestätigen, unter Kostenfolge.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. In thatsächlicher Beziehung steht fest: Kläger, welcher Lokomotivführer im Dienste der Nordostbahn war, machte am 30. November 1876 die Probefahrt auf der Linie Wädensweil-Einsiedeln als Begleiter des Maschinenmeisters Haueter mit; als bei der Thalfahrt der Zug in beschleunigte Bewegung gerieth,

wurde er zur Erde geschleudert und dadurch körperlich verletzt. Durch diesen Unfall erlitt nämlich Kläger einen Bruch des rechten Schlüsselbeines, sowie mehrerer Rippen rechts, wahrscheinlich einen Bruch des linksseitigen sechsten Rippenknorpels und einen Bruch der linken großen Zehe am ersten Zehengliede, im Fernern eine Verletzung der Brustfelle mit darauf folgender Entzündung und entzündlicher Ausschwitzung und endlich eine Gehirnerschütterung, wahrscheinlich mit Quetschung verbunden und unter Mitbetheiligung des Rückenmarkes. Sämmtliche Verletzungen sind nach dem Gutachten des gerichtlichen Sachverständigen Professor Kocher in Bern, der den Kläger am 17. September 1879 untersuchte, geheilt; die erwähnten Frakturen mit mehr oder weniger Formveränderung der Knochen, die Gehirnerschütterung mit Zurücklassung von Zirkulationsstörungen, welche noch die Erscheinungen der Spinalirritation hervorbringen. Als Folge der erlittenen Verletzungen konstatirt das medizinische Gutachten zeitweilige, zur Zeit der Untersuchung indeß nicht mehr vorhandene, gänzliche Erwerbsunfähigkeit des Klägers, deren Endpunkt der Experte nicht näher feststellen zu können erklärt, und im Fernern eine noch fortdauernde Beschränkung des Klägers in seiner Erwerbsfähigkeit, welche jedenfalls noch einige Zeit, ungefähr zwei Jahre lang, andauern werde. Kläger sei gegenwärtig, nach dem Gutachten des Experten, im Stande, z. B. in einer mechanischen Werkstätte die Aufsicht zu führen, kleinere mechanische Arbeiten auszuführen, sobald dieselben nicht eine eigentliche Kraftanstrengung erfordern, selbst wenn er dabei zeitweilig stehen oder herumgehen müsse; mit dem Ablaufe von ungefähr 2 Jahren von der Untersuchung an werde er voraussichtlich die Fähigkeit, einen seinem bisherigen Berufe ähnlichen zu betreiben, wieder erlangen, bezw. die Beschränkung der Erwerbsfähigkeit werde verschwinden. Kläger, welcher am 2. Mai 1841 geboren ist, hatte vor dem Unfalle einen fixen Jahresgehalt von 1620 Fr. bezogen und überdem an Vergütung für Kohlenersparnisse monatlich durchschnittlich 150 Fr. eingenommen; auf 1. September 1877 war er aus dem Dienste der Nordostbahn entlassen worden. Er hatte mit der Behauptung, daß er durch den Unfall gänzlich und dauernd erwerbsunfähig geworden sei, laut

friedensrichterlicher Weisung vom 10. September 1877 neben dem Ersatze der Arzt- und Verpflegungskosten eine Aversalentschädigung von 48 900 Fr. und Ersatz des ihm während des Zeitraumes vom 30. November 1876 bis 1. September 1877 entgangenen Gewinns aus Kohlenersparnissen gefordert. Dabei führte er im ersten gerichtlichen Vortrage an, daß er in Folge des Unfalles ein Jahreseinkommen von mindestens 3000 Fr. verliere und daher Anspruch auf Ersatz von jährlich 3000 Fr. auf eine Lebensdauer, die man bei seinem Alter und seiner Gesundheit vor dem Unfalle annehmen konnte, habe. Um eine Rente von 3000 Fr. zu erwerben, hätte er nun am 1. September 1877 nach den Grundsätzen der schweizerischen Rentenanstalt ein Kapital von 48 900 Fr. einlegen müssen und dieses Kapital sei ihm daher gutzusprechen, da hier, angesichts seines muthmaßlich in nicht ferner Zeit eintretenden Todes, Kapitalentschädigung angemessener sei als Zuerkennung einer jährlichen Rente. Nachdem die Beklagte eventuell auf Aussetzung einer jährlichen Rente angetragen hatte und nachdem das Beweisverfahren durchgeführt worden war, erklärte der Vertreter des Klägers in der Schlußverhandlung vor erster Instanz, daß er die Zuerkennung einer jährlichen Rente der Zuerkennung einer Aversalsumme vorziehe, jedenfalls aber um einen Vorbehalt im Urtheile bitte, später Rektifikation desselben beantragen zu dürfen, wenn Kläger länger, als der Experte voraussetze, erwerbsunfähig bleiben sollte.

2. Während vor den Vorinstanzen seitens der Beklagten die Entschädigungspflicht prinzipiell bestritten, insbesondere der Klage die Einrede der mangelnden Passivlegitimation und des eigenen Verschuldens des Klägers entgegengehalten worden war, sind diese Einwendungen in gegenwärtiger Instanz nicht festgehalten, sondern es ist lediglich das Quantitativ der gesprochenen Entschädigungen, sowohl der Entschädigung für Verpflegungs- und Heilungskosten als auch der Entschädigung für Schmälerung der Erwerbsfähigkeit bestritten worden. In dieser Richtung ist zu Begründung der gestellten Anträge im heutigen Vortrage seitens der Beklagten und ihrer Litisdenunziatin wesentlich angeführt worden: Bei Zuerkennung der Entschädigung für Schmälerung

der Erwerbsfähigkeit (Dispositiv 2—4 des angefochtenen Urtheils) sei von den Vorinstanzen über den Klageschluß hinaus erkannt worden. Kläger habe nämlich, wie sich aus seinem ersten gerichtlichen Vortrage ergebe, ein Kapital von 48 900 Fr. deßhalb verlangt, um eine jährliche Rente von 3000 Fr. kaufen zu können. Für den Fall also, daß, wie wirklich geschehen, statt auf Kapitalentschädigung auf eine jährliche Rente erkannt werden sollte, sei der Klageantrag auf eine Rente von 3000 Fr. für das Jahr begrenzt worden. Bei Bemessung der Entschädigung für Schmälerung der Erwerbsfähigkeit habe also dieser Betrag, als vom Kläger selbst verlangt, zu Grunde gelegt und demnach auf Grund der Annahme eines Jahreseinkommens des Klägers von 3000 Fr. die Entschädigung festgesetzt werden müssen. Die Vorinstanzen seien nun aber weiter gegangen und haben ihrer Entschädigungsfestsetzung für Schmälerung der Erwerbsfähigkeit ein monatliches Einkommen des Klägers von 285 Fr. bezw. ein Jahreseinkommen von 3420 Fr. zu Grunde gelegt, wodurch sie den gestellten Klageschluß überschritten haben. Im Weitern müssen bei der Entschädigung für Verlust der Erwerbsfähigkeit während der Zeit vom 1. Dezember 1876 bis 1. September 1877 die Heilungs- und Verpflegungskosten wenigstens theilweise in Abzug gebracht werden. Es seien ferner die Vorinstanzen davon ausgegangen, daß Kläger bis zum 1. September 1879 gänzlich erwerbsunfähig gewesen sei und haben ihm demgemäß bis zu diesem Zeitpunkte den vollen Betrag seines Jahreseinkommens vor dem Unfalle als Entschädigung gutgesprochen. Dafür nun aber, daß die gänzliche Erwerbsunfähigkeit des Klägers wirklich bis 1. September 1879 gedauert, habe dieser nicht den mindesten Beweis erbracht, obschon die Beweislast für die Dauer der totalen Arbeitsunfähigkeit offenbar ihm obgelegen hätte; aus den Akten ergebe sich nur, daß Kläger bis zum Mai 1878 fortwährend in ärztlicher Behandlung gestanden und also total erwerbsunfähig gewesen sei. Wenn nichtsdestoweniger die Vorinstanzen die Periode der gänzlichen Erwerbsunfähigkeit bis zum 1. September 1879 erstreckt haben, weil erst im September 1879 durch die gerichtliche Expertise konstatirt worden sei, daß Kläger nicht mehr total, sondern nur noch theilweise er-

werbsunfähig sei, so beruhe die daherige Feststellung auf einer unrichtigen Anwendung der Grundsätze von der Beweislast und es müsse auch aus diesem Grunde eine Reduktion der für die Zeit vom 1. September 1877 bis 1. September 1879 gesprochenen Entschädigungen Platz greifen.

Sodann seien, was die Rente für die Zeit vom 1. September 1879 bis 1. September 1881 anbelange, die Vorinstanzen von der Annahme ausgegangen, daß die Erwerbsfähigkeit des Klägers während dieser Zeit noch um annähernd die Hälfte geschmälert sein werde, und haben demgemäß die Rente für diese Zeit auf die Hälfte seines auf 3420 Fr. veranschlagten Jahreseinkommens festgesetzt. Diese Annahme erscheine indeß, mit Rücksicht auf den weiten Erwerbskreis, welcher dem Kläger nach dem Gutachten des gerichtlichen Experten während dieser Zeit bereits offenstehe, als durchaus unrichtig; es müsse vielmehr gemäß dem Gutachten des gerichtlichen Experten angenommen werden, daß die Erwerbsfähigkeit des Klägers während dieser Zeit nur noch um $^1/_4$, höchstens um $^1/_3$, geschmälert sei. Endlich erscheine auch die Entschädigung für Heilungs- und Verpflegungskosten als übersetzt.

3. Fragt es sich nun zunächst, ob die Vorinstanzen bei Festsetzung der Entschädigung für Schmälerung der Erwerbsfähigkeit über den Klageschluß hinaus erkannt haben, so ist diese Frage zu verneinen. Denn: Kläger hatte ursprünglich laut friedensrichterlicher Weisung vom 10. September 1877 für die ihm in Folge angeblichen gänzlichen und dauernden Verlustes seiner Erwerbsfähigkeit erwachsenden Vermögensnachtheile lediglich eine Kapitalabfindung von 48 900 Fr. eingeklagt, wobei nur zu Begründung des ausschließlich auf Kapitalabfindung gerichteten Klageschlusses im ersten gerichtlichen Vortrage bemerkt wurde, daß dem Kläger in Folge des Unfalles ein jährliches Einkommen von mindestens 3000 Fr. entgehe, auf dessen Ersatz er Anspruch habe, und daß das geforderte Kapital nach den Grundsätzen der schweizerischen Rentenanstalt einer jährlichen Rente von 3000 Fr. entspreche. Darin kann nun keineswegs, wie Beklagte zu unterstellen scheint, ein Parteiantrag des Inhaltes gefunden werden, daß eventuell Zuerkennung einer Entschädigung à raison von 3000 Fr. für jedes Jahr gänzlicher Erwerbsun-

fähigkeit verlangt werde. Vielmehr ist von selbst klar, daß, wenn Kläger in Begründung seiner auf Kapitalabfindung für gänzlichen und dauernden Verlust der Erwerbsfähigkeit gerichteten Forderung auseinandersetzte, daß sein bisheriges Einkommen sich auf wenigstens 3000 Fr. per Jahr belaufen habe, er keineswegs gemeint sein konnte, damit der Fixirung der Entschädigung für den Fall, daß ihm nur für zeitweisen Verlust bezw. zeitweise Schmälerung der Erwerbsfähigkeit Ersatz gewährt werden sollte, vorzugreifen, bezw. seine daherige Ersatzforderung auf den als Minimalbetrag seines Einkommens der gestellten Kapitalforderung zu Grunde gelegten Ansatz von 3000 Fr. per Jahr zu beschränken. Demgemäß hat denn auch der Vertreter des Klägers, als er nach durchgeführtem Beweisverfahren mit der Zuerkennung einer jährlichen Rente sich einverstanden erklärte, in Bezug auf deren Höhe einen bestimmten Antrag nicht gestellt, so daß dieselbe gemäß Art. 11 des Bundesgesetzes vom 1. Juni 1875 vom Gerichte in Würdigung aller Umstände nach freiem Ermessen festzusetzen war. Davon, daß durch das angefochtene Erkenntniß über den Klageschluß hinaus erkannt worden sei, kann also nicht die Rede sein.

4. Ebensowenig erscheint das Begehren als begründet, daß von der dem Kläger in Dispositiv 2 des angefochtenen Urtheils als Entschädigung für gänzlichen Verlust der Erwerbsfähigkeit während der Zeit vom 1. Dezember 1876 bis 1. September 1877 zuerkannten Entschädigungssumme die Verpflegungs- und Heilungskosten ganz oder wenigstens theilweise in Abzug gebracht werden, denn letztere bilden lediglich ein Aequivalent für die dem Kläger in Folge seiner Verletzung erwachsenen besondern Auslagen für Heilung und Verpflegung und können daher bei Festsetzung der Entschädigung für die durch Verlust bezw. Schmälerung der Erwerbsfähigkeit dem Kläger erwachsenen Vermögensnachtheile keineswegs in Berechnung fallen.

5. Wenn ferner seitens der Beklagten und ihrer Litisdenunziatin im heutigen Vortrage gerügt worden ist, daß die Annahme der Vorinstanzen, daß Kläger bis zum 1. September 1879 vollständig arbeitsunfähig gewesen sei, auf einer unrichtigen Anwendung der Grundsätze von der Beweislast beruhe, und überdem

materiell unrichtig sei, so erscheint zunächst die erstere Beschwerde keineswegs als begründet. Denn aus der Motivirung des angefochtenen Urtheils ergibt sich zur Evidenz, daß das Gericht die Thatsache der Dauer der Arbeitsunfähigkeit des Klägers bis zu dem fraglichen Zeitpunkte in freier Würdigung des gesammten Inhaltes der Verhandlungen als erwiesen betrachtet hat. Von einer unrichtigen Anwendung der Grundsätze von der Beweislast kann also keinenfalls die Rede sein, und es liegt somit in der in Frage stehenden thatsächlichen Feststellung keinenfalls eine unrichtige Anwendung des Gesetzes. Dieselbe erscheint auch keineswegs als aktenwidrig, sondern entspricht, wie bereits die zweite Instanz, insbesondere gestützt auf das Zeugniß des den Kläger behandelnden Arztes, zutreffend ausgeführt hat, dem beigebrachten Beweismaterial.

6. Was im Weitern die Annahme der Vorinstanzen anbelangt, daß Kläger während der Zeit vom 1. September 1879 bis 1. September 1881 noch um annähernd die Hälfte in seiner Erwerbsfähigkeit beschränkt sein werde, so kann auch hierin eine unrichtige Anwendung des Gesetzes nicht erblickt werden, vielmehr erscheint dieselbe als den thatsächlichen Verhältnissen, wie dieselben durch den gesammten Inhalt der Verhandlungen hergestellt worden sind, entsprechend.

7. Der Angriff auf die Festsetzung der Entschädigung für Verpflegungs- und Heilungskosten endlich ist im heutigen Vortrage weder seitens der Beklagten noch seitens ihrer Litisdenunziatin irgendwie näher begründet worden und kann schon deßhalb nicht in Betracht gezogen werden.

8. Wenn somit die sämmtlichen Angriffe auf die Entscheidung der zweiten Instanz als unbegründet erscheinen, so ist dieselbe lediglich zu bestätigen.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Das Urtheil der Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 17. August 1880 wird in allen Theilen bestätigt.

III. Haftpflicht für den Fabrikbetrieb.

Responsabilité pour l'exploitation des fabriques.

106. Urtheil vom 23. Oktober 1880 in Sachen Suter gegen Spinnerei an der Lorze.

A. Am 25. Juni 1878 wurde Samuel Suter von Rein, Kantons Aargau, welcher in dem Fabriketablissemente der Beklagten als Spengler bedienstet war, dadurch getödtet, daß eine Kette eines Flaschenzuges, an welchem ein sog. Königsrad von 35 Zentner Gewicht in die untere Werkstatt der Fabrik heruntergelassen werden sollte, brach, so daß das Rad zu Boden stürzte und den mit dem Halten einer Kette des Flaschenzuges beschäftigten Samuel Suter, welcher sich nicht rechtzeitig zu retten vermochte, im Umstürzen erschlug. Suter, welcher im Jahre 1844 geboren ist und einen Tagesverdienst von 4 Fr. 25 Cts. hatte, daneben noch besonders für Mehrleistungen, Ueberstunden u. s. w. entschädigt wurde, und welcher gänzlich vermögenslos war, hinterließ eine Wittwe und fünf Kinder, von welchen das älteste 10 Jahre alt ist, das jüngste zur Zeit des Todesfalles noch nicht geboren war. Am 9. Juli 1879 schloß Wittwe Suter geb. Scheidler, unter Mitwirkung des ihr von der Niederlassungsgemeinde Baar beigeordneten Anwaltes, mit der Direktion der Spinnerei an der Lorze in Baar einen Vergleich ab, wodurch sie für sich und ihre Kinder auf alle ihr zustehenden Entschädigungsansprüche gegen eine Aversalsumme von 5400 Fr. verzichtete. Dabei wurde indeß ausdrücklich die Ratifikation der Waisenbehörde von Rein vorbehalten.

B. Letztere wurde nun nicht ertheilt, vielmehr wurde von dem durch die Gemeindebehörde von Rein den Kindern Suter geordneten Pfleger Namens dieser Kinder eine Entschädigungsforderung von 15000 Fr., gestützt auf Art. 5 litt. b des Bundesgesetzes betreffend die Arbeit in den Fabriken vom 23. März 1877, gerichtlich geltend gemacht. Die Beklagte bestritt prinzipiell ihre Haftpflicht für den in Rede stehenden Unfall nicht, stellte

dagegen der Klage die Einrede des abgeschlossenen Vergleiches entgegen, indem sie behauptete, daß die Ratifikation der Waisenbehörde von Rein lediglich für die Auszahlung der Vergleichssumme an die Wittwe Suter, nicht dagegen für den Abschluß des Vertrages selbst vorbehalten worden und erforderlich gewesen sei, und bestritt eventuell die Forderung in quantitativer Beziehung. Das Kantonsgericht von Zug in erster Instanz entschied durch Urtheil vom 9. April 1880, indem es die Einwendung des abgeschlossenen Vergleiches verwarf, dahin: 1) Es sei Beklagtschaft pflichtig, der Klägerschaft eine Entschädigung von 10 000 Fr., abzüglich die bereits geleistete Zahlung von 1629 Fr. 50 Cts., zu bezahlen. 2) Habe die Beklagtschaft der Klägerschaft 170 Fr. Rechtskosten zu vergüten. Gegen dieses Urtheil ergriffen beide Parteien die Appellation an das Obergericht des Kantons Zug. Letzteres erkannte nun durch Urtheil vom 26. Juni 1880: 1) Es sei in theilweiser Abänderung des kantonsgerichtlichen Urtheils vom 9. April 1880 Vorbeklagte pflichtig, den Vorklägern eine Entschädigung von 6000 Fr., abzüglich der bereits geleisteten Zahlung von 1629 Fr. 50 Cts., nebst Zins vom 25. Juni 1878, zu bezahlen. 2) Habe jede Partei sowohl die erst- als zweitinstanzlichen Kosten an sich zu tragen. Dabei ging das Gericht im Wesentlichen davon aus: Die Einrede des Vergleiches sei unbegründet; dagegen komme, was die Höhe der Entschädigung anbelange, in Betracht, daß keine Partei ein Verschulden treffe, der Unfall vielmehr als Resultat eines Zufalles erscheine; es müsse nun als unbillig betrachtet werden, „in den Fällen der Schuldlosigkeit des Fabrikanten denselben zur Tragung des ganzen Schadens anzuhalten und ihm dadurch zum Vortheil derjenigen Faktoren, die gesetzlich zur Unterstützung ihrer Angehörigen und dadurch implicite zur Tragung der Folgen eines unglücklichen Zufalles, wie im vorliegenden Falle, verpflichtet seien, die Nachtheile des casus allein aufzubürden." Es würde auch die Anwendung eines gegentheiligen Prinzips, gewiß im Widerspruche mit der Absicht des Gesetzgebers, eine schwere Schädigung der schweizerischen Industrie und dadurch des Arbeiterstandes selbst mit sich führen. Andererseits müsse die gänzliche Mittellosigkeit der Familie des Verunglückten, sowie

die ökonomische Situation der Vorbeklagten in Berücksichtigung fallen.

C. Gegen dieses Urtheil legten die Kläger Kassationsbeschwerde an das Kassationsgericht des Kantons Zug ein, indem sie sich auf Art. 115 b Ziffer 2 und 3 der zugerischen Civilprozeßordnung stützten, wonach die Kassationsbeschwerde statthaft ist, wenn „in einem Urtheile ein offenbarer Irrthum hinsichtlich entscheidender Thatsachen erscheint," sowie „wenn gegen den klaren, unzweideutigen Buchstaben eines Gesetzes geurtheilt wurde." Unterm 7. Juli 1880 reichten die Kläger im Fernern dem Obergerichte des Kantons Zug eine eventuelle Weiterziehungserklärung an das Bundesgericht ein; sie erklärten nämlich eventuell, für den Fall, daß ihre Kassationsbeschwerde abgewiesen werden sollte, die Weiterziehung des obergerichtlichen Urtheils vom 26. Juni 1880 an das Bundesgericht ergreifen und dessen Abänderung verlangen bezw. das Rechtsbegehren stellen zu wollen: Es sei ihnen die geforderte Entschädigung von 15 000 Fr. sammt Zins und Kosten zuzusprechen unter Kostenfolge. Dabei bemerkten sie indeß: Da diese Weiterziehung bloß eine eventuelle sei, so werde das Obergericht ersucht, dieselbe vorderhand nicht an das Bundesgericht abgehen zu lassen, sondern zurückzuhalten, bis über die eingereichte Kassationsbeschwerde geurtheilt und das Urtheil den Klägern zugestellt sein werde. Dem Rechte der Weiterziehung des Urtheils über die Kassationsbeschwerde an das Bundesgericht solle hiedurch nicht vorgegriffen sein, vielmehr werde dieses Recht ausdrücklich gewahrt, sowie auch das weitere Recht, diese eventuelle Weiterziehung des obergerichtlichen Urtheils zu einer definitiven zu erklären auch in dem Falle, daß die Kassation zwar ausgesprochen, die gestellte Entschädigungsforderung aber gleichwohl nicht gutgeheißen würde.

D. Durch Urtheil des Kassationsgerichtes des Kantons Zug vom 25. August 1880 wurden nun die Kläger mit den in ihrer Kassationsbeschwerde gestellten Rechtsbegehren, welche auf Kassation des obergerichtlichen Urtheils vom 26. Juni 1880 und sofortige Ausfällung eines andern Urtheils im Sinne der Gutheißung der von den Klägern vor dem Kassationsgerichte sowie dem Obergerichte gestellten Forderung in Kapital, Zinsen und

Kosten, unter Kostenfolge, gingen, abgewiesen, weil ein Verstoß gegen eine klare, unzweideutige Gesetzesvorschrift oder ein Irrthum hinsichtlich entscheidender Thatsachen in dem angefochtenen Urtheile nicht liege, mithin ein Kassationsgrund nicht gegeben sei.

E. Hierauf erklärten die Kläger vermittelst Eingabe an das Obergericht und das Kassationsgericht des Kantons Zug vom 15. September d. J., daß durch den Entscheid des Kassationsgerichtes die eventuelle Weiterziehung zu einer definitiven geworden sei und sie dieselbe als solche erklären. Wenn dies als formell unstatthaft erscheinen sollte, so erklären sie nunmehr die Weiterziehung an das Bundesgericht über das obergerichtliche Urtheil, sowie zugleich über das Urtheil des Kassationsgerichtes vom 25. August, welches ihnen am 31. gl. Mts. eröffnet worden sei; sie verlangen Abänderung dieser Urtheile und stellen das Rechtsbegehren: Es sei ihnen die geforderte Entschädigung von 15 000 Fr. (abzüglich des schon erhaltenen Betrages von 1629 Fr. 50 Cts.) sammt Zins, sowie die erst- und zweitinstanzlichen Kosten zuzusprechen, unter Kostenfolge.

F. Bei der heutigen Verhandlung hält der Vertreter der Kläger den gestellten Antrag unter eingehender Begründung aufrecht, indem er gleichzeitig erklärt, daß die Kläger damit einverstanden seien, daß durch das heutige Erkenntniß über die Schadensersatzansprüche der ganzen Familie Suter, bezw. nicht nur über diejenigen der Kinder, sondern auch über einen allfälligen Anspruch der Wittwe entschieden werden solle und daß dieselben die Abrechnung der bereits bezahlten Beträge an der festzustellenden Entschädigungssumme zugeben.

Der Vertreter der Beklagten trägt, indem er gleichzeitig erklärt, die Kläger bei den abgegebenen Erklärungen behaften zu wollen, darauf an: Es sei das Erkenntniß des Obergerichtes des Kantons Zug vom 26. Juni 1880, bezw. dasjenige des Kassationsgerichtes vom 25. August gl. J. zu bestätigen und demnach Beklagte pflichtig zu erklären, den Klägern den Betrag von 6000 Fr., abzüglich der bereits bezahlten Beträge, nebst Zins vom 25. Juni 1878 zu bezahlen, unter Kostenfolge.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Es ist in erster Linie zu untersuchen, ob die Weiterziehung

an das Bundesgericht seitens der Kläger rechtzeitig erklärt, bezw. das Recht der Weiterziehung nicht durch Verabsäumung der in Art. 30 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Organisation der Bundesrechtspflege festgesetzten peremtorischen Rekursfrist verwirkt worden sei. Zwar ist letzteres seitens der Beklagten nicht eingewendet, sondern vielmehr im heutigen Vortrage ausdrücklich zugegeben worden, daß die Weiterziehung rechtzeitig ergriffen worden sei; allein die Frage, ob die peremtorische Rekursfrist des Art. 30 cit. eingehalten worden sei, muß, da diese Frist im öffentlichen Interesse vorgeschrieben ist, von Amteswegen geprüft werden. Indessen ist vorliegend die Weiterziehung allerdings rechtzeitig erklärt worden. Denn: Wenn als letztinstanzliches kantonales Hauptturtheil, gegen das die Weiterziehung an das Obergericht binnen 20 Tagen, von seiner Mittheilung an, ergriffen werden muß, das Urtheil des Kassationsgerichtes, wodurch die Kassationsbeschwerde der Kläger zurückgewiesen wurde, betrachtet wird, bezw. wenn dieser Entscheidung die Bedeutung eines letztinstanzlichen, das obergerichtliche Urtheil bestätigenden Urtheils in der Hauptsache beigemessen wird, so ist die Rekursfrist jedenfalls gewahrt. Geht man dagegen, wie nach dem zugerischen Prozeßrechte wohl zweifellos anzunehmen ist, davon aus, daß die Entscheidung des Obergerichtes das letztinstanzliche kantonale Hauptturtheil sei, während die Kassationsbeschwerde als außerordentliches Rechtsmittel erscheine und der dieselbe verwerfende Entscheid des Kassationsgerichtes eine Entscheidung in der Sache selbst nicht enthalte, so ist die Rekursfrist durch die von den Klägern dem Obergerichte am 7. Juli 1880 eingereichte Weiterziehungserklärung gewahrt. Denn diese Erklärung wurde dadurch, daß die Kläger sie als eine bloß eventuelle bezeichneten, bezw. mit deren Einreichung das Gesuch verbanden, es möchte derselben bis nach Entscheidung der eingereichten Kassationsbeschwerde keine Folge gegeben werden, nicht zu einer ungültigen, da ja das Gesetz zu Wahrung des Rechtes der Weiterziehung einzig eine Erklärung der Partei bei der kantonalen Gerichtsstelle, welche das Urtheil gefällt hat, binnen der peremtorischen 20tägigen Frist fordert, dagegen der Partei weitere Diligenzien, wie Einsendung der Akten binnen bestimmter Frist u. drgl., kei-

neswegs auferlegt. Mag man nun übrigens die Weiterziehung als gegen die Entscheidung des Obergerichtes oder gegen diejenige des Kassationsgerichtes gerichtet betrachten, so ist jedenfalls, da die Entscheidung des Kassationsgerichtes selbständige thatsächliche Feststellungen nicht enthält, sondern lediglich das obergerichtliche Urtheil aufrecht erhält, der Thatbestand des obergerichtlichen Urtheils vom Bundesgerichte seiner Entscheidung zu Grunde zu legen und es bestimmt sich die Ausdehnung, in welcher die kantonale Entscheidung der Nachprüfung des Bundesgerichtes unterliegt, nach Maßgabe des Art. 30 des Bundesgesetzes über Organisation der Bundesrechtspflege.

2. Ist somit auf die materielle Beurtheilung der Streitsache einzutreten, so ist vor Allem klar, daß, da nur die Kinder des Getödteten, nicht dagegen dessen Wittwe, im gegenwärtigen Verfahren als Kläger aufgetreten sind, nur über die Entschädigungsansprüche der erstern, keineswegs dagegen über diejenigen der letztern entschieden werden kann, bezw. daß bei Bemessung der Entschädigung nur auf die Ansprüche der Kinder, nicht dagegen auf diejenigen der Wittwe Rücksicht zu nehmen ist. Die heute abgegebene gegentheilige Erklärung des klägerischen Vertreters kann hieran offenbar nichts ändern und das Gericht nicht berechtigen, eine allfällig der Wittwe Suter, welche gar nicht als Prozeßpartei aufgetreten ist, gebührende Entschädigung den heutigen Klägern zuzusprechen.

3. Wie sich aus den heutigen Erklärungen der Vertreter der Parteien ergibt, gehen die letztern darin einig, daß die Beklagte prinzipiell die Haftpflicht für den in Frage stehenden Unfall gemäß Art. 5 litt. b des Gesetzes betreffend die Arbeit in den Fabriken vom 23. März 1877 treffe und daß die Entschädigung lediglich auf Grund des Gesetzes auszumitteln sei, so daß der Vergleich vom 9. Juli 1878 gänzlich außer Betracht falle. Dagegen ist zwischen den Parteien die Höhe der der Beklagten nach dem Gesetze aufzuerlegenden Entschädigung bestritten. Während die Kläger davon ausgehen, daß nach Art. 5 leg. cit. die Beklagte den ganzen, durch den von Beklagter zu vertretenden Unfall ihnen erwachsenden Schaden zu vergüten habe und daß somit in der obergerichtlichen Entscheidung, welche

sie, wie das Gericht selbst anerkenne, nur theilweise entschädige, eine Verletzung des Gesetzes liege, führt dagegen Beklagte aus, daß Art. 5 litt. b des cit. Bundesgesetzes keine Bestimmung darüber enthalte, in welchem Umfange vom Fabrikanten für den durch einen von ihm nicht verschuldeten Unfall erwachsenen Schaden Ersatz zu leisten sei, vielmehr werde diesfalls durch den Schlußsatz des Art. 5 cit. Alles dem freien Ermessen des Richters anheimgestellt, so daß in dem Urtheile des Obergerichtes des Kantons Zug eine unrichtige Anwendung des Gesetzes keinenfalls liege; übrigens sei die vom zugerischen Obergerichte gesprochene Entschädigung eine den Verhältnissen angemessene und genügende.

4. Bei Prüfung dieser Frage nun ist zunächst festzuhalten: Das Obergericht des Kantons Zug ist bei Feststellung der Entschädigung offenbar davon ausgegangen, daß der den Klägern in Folge des in Frage stehenden Unfalles entstandene Vermögensnachtheil zwar den gesprochenen Entschädigungsbetrag übersteige, daß es aber den Gerichten nach Mitgabe des cit. Art. 5 des Fabrikgesetzes frei stehe, in denjenigen Fällen, in welchen nach litt. b leg. cit. der Fabrikant für einen Unfall auch dann einzustehen hat, wenn ein Verschulden, sei es des Fabrikanten selbst, sei es eines Vertreters desselben, überhaupt nicht vorliegt, die Entschädigungspflicht des Fabrikanten nach Ermessen zu reduziren, bezw. denselben für den eingetretenen Schaden nur theilweise verantwortlich zu erklären. Diese Anschauung muß nun aber als eine rechtsirrthümliche bezeichnet werden. Denn: Nach Art. 5 litt. a des Fabrikgesetzes haftet der Fabrikant unbeschränkt für den „erwachsenen Schaden,“ wenn durch ein in Ausübung seiner Dienstverrichtungen begangenes Verschulden eines Mandatars, Repräsentanten, Leiters oder Aufsehers einer Fabrik Verletzung oder Tod eines Angestellten oder Arbeiters herbeigeführt wird. In litt. b leg. cit. sodann wird ausgesprochen, daß der Fabrikant gleichfalls hafte, wenn überhaupt durch den Betrieb der Fabrik auch ohne ein solches spezielles Verschulden Körperverletzung oder Tod eines Angestellten oder Arbeiters herbeigeführt wird. Diese Ersatzpflicht wird ausgeschlossen durch den Beweis höherer Gewalt oder eigenen Verschuldens des Verletzten

oder Getödteten, reduzirt durch den Nachweis konkurrirenden Verschuldens desselben. Aus der Vergleichung dieser Gesetzesbestimmungen folgt nun unzweideutig, daß die Haftpflicht des Fabrikanten in den Fällen der litt. b leg. cit. den gleichen Inhalt hat wie in den Fällen der litt. a, d. h. sich auf den ganzen erwachsenen Schaden erstreckt, soweit derselbe Nachtheile umfaßt, die überhaupt in Berücksichtigung fallen, und daß eine Theilung desselben nur bei konkurrirendem Verschulden des Verletzten oder Getödteten statthaft ist. Wenn daher der Schlußsatz des Art. 5 cit. bestimmt, daß im Uebrigen bis zum Erlasse eines speziellen, diese Frage regelnden Bundesgesetzes der kompetente Richter über die Schadensersatzfrage nach freiem Ermessen unter Würdigung aller Verhältnisse urtheile, so darf dieser Bestimmung keinenfalls der Sinn beigemessen werden, daß es dem richterlichen Ermessen anheimgegeben sei, die in den vorhergehenden Bestimmungen des Gesetzes prinzipiell statuirte Haftpflicht theilweise auszuschließen. Vielmehr ist dieselbe lediglich dahin zu verstehen, daß, insoweit das Bundesgesetz keine Bestimmungen enthalte, der Richter nach freiem Ermessen an der Hand allgemeiner Rechtsgrundsätze und ohne an einschlägige Bestimmungen des geltenden kantonalen Rechtes gebunden zu sein, zu entscheiden habe.

5. Beruht sonach die Schadensfestsetzung des angefochtenen Urtheils auf unrichtiger Anwendung des Gesetzes, so muß zu selbständiger Ermittlung des Schadensbetrages geschritten werden. Dabei ist nun vor Allem davon auszugehen, daß als Schaden, dessen Vergütung Kläger zu verlangen berechtigt sind, nur Vermögensnachtheile in Betracht kommen können, und zwar nur diejenigen Vermögensnachtheile, welche den Klägern dadurch verursacht werden, daß ihnen in Folge des fraglichen Todesfalles der Unterhalt entzogen wird. Denn es dürfen, wie das Bundesgericht bereits in seiner Entscheidung in Sachen Wyler (amtl. Sammlung VI S. 267) ausgesprochen hat, in Ermangelung besonderer für die Fabrikhaftpflicht geltender gesetzlicher Bestimmungen, bei der Gleichheit des zu Grunde liegenden Rechtsprinzips, die in Art. 5 des Bundesgesetzes betreffend die Haftpflicht der Eisenbahnen u. s. w. vom 1. Januar 1875 in Betreff der Schadensermittlung aufgestellten Grundsätze hier analog zur Anwendung gebracht werden.

6. Geht man nun hievon aus, so erscheint es, wenn man einerseits den Betrag, den der Getödtete auf Alimentation und Erziehung seiner Kinder bei seinem auf annähernd 1300 bis 1500 Fr. zu veranschlagenden Jahreseinkommen zu verwenden in der Lage war, und den Umstand, daß er für deren Unterhalt nur bis zur Zeit ihrer, nach den gegebenen Verhältnissen etwa im 16. Altersjahre eintretenden Arbeitsfähigkeit zu sorgen hatte, andererseits die Zahl und das Alter der Kinder, sowie deren gänzliche Vermögenslosigkeit in Betracht zieht, als den Verhältnissen entsprechend, die den Klägern gutzusprechende Entschädigung auf 7000 Fr. nebst Zins festzusetzen, von welcher Summe indeß selbstverständlich die bereits darauf bezahlten Beträge in Abzug gebracht werden dürfen.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Beklagte ist schuldig, den Klägern eine Entschädigung von siebentausend Franken, abzüglich der darauf bereits bezahlten Beträge, nebst Zins zu fünf pro Cent seit 25. Juni 1878, zu bezahlen.

IV. Civilstand und Ehe. — Etat civil et mariage.

107. Urtheil vom 22. Oktober 1880 in Sachen Eheleute Kriemler.

A. Am 13. September 1880 trat Leonhard Kriemler, Weber in Langen, Gemeinde Oberegg, vor dem Bezirksgerichte Oberegg gegen seine Ehefrau Katharina geb. Graf mit einer Ehescheidungsklage auf, in welcher er gänzliche Trennung der Ehe und Zusprechung des Kindes an den Vater verlangte. Zur Begründung dieser Klage führte er an: Er habe sich im Jahre 1849 verehelicht; schon nach zwei Jahren aber sei, da die Frau ihn im Hauswesen nicht unterstützt, sondern Alles verschwendet habe, da sie ihn im Fernern beschimpft habe u. s. w., Unfriede in der Ehe eingetreten, so daß sich die Ehegatten zeitweise getrennt

haben. Er glaube ferner, die Vaterschaft eines der von seiner Frau geborenen Kinder einem andern zuschreiben zu müssen. Im Jahre 1872 sei er von seiner Frau getrennt worden und sie haben bis zum Jahre 1879 getrennt gelebt. Damals habe er sich auf Zureden seines Sohnes entschlossen, seine Frau nochmals zu sich zu nehmen, allein schon nach vier Wochen sei wiederum das gleiche Verhalten zu Tage getreten. Gegenüber dieser Scheidungsklage brachte die Frau Katharina Kriemler geb. Graf an: Nicht sie, sondern vielmehr der Ehemann sei es, welcher durch unhaushälterisches, liederliches Leben die Familie in Noth gebracht und dadurch ein eheliches Zusammenleben unmöglich gemacht habe. Er habe bisher seine Pflichten als Ehemann und Vater keineswegs erfüllt, habe die Familie Noth leiden lassen und Schulden gemacht, welche die Frau habe bezahlen müssen; ferner sei es auch einem Ehemanne nicht erlaubt, „mit einer andern herumzuziehen." Mit Hülfe der Waisenbehörde von Grub sei dem Ehemanne s. Z. ein kleines Heimwesen gekauft worden; er habe aber dasselbe nicht lange halten können, da er nicht habe arbeiten wollen, sondern Alles verbraucht habe, so daß das Heimwesen habe versteigert und Frau und Kinder in eine Armenanstalt haben aufgenommen werden müssen. Später habe er Frau und Kinder wieder zu sich genommen und alles Gute versprochen; allein schon beim Abholen der Familie und ihres Hausrathes in der Anstalt habe er nicht einmal den Fuhrlohn bezahlen können; so habe es denn auch nicht lange gedauert, bis das Kind die für dasselbe in die Sparkasse gelegten paar Franken habe abholen und bis endlich Frau und Kind wieder in die Anstalt haben aufgenommen werden müssen. Der Ehemann habe also gar keinen Grund, die Scheidung zu verlangen.

In seiner Replik bestritt der Ehemann Kriemler die ihm von seiner Ehefrau zur Last gelegten Thatsachen und bemerkt im Weitern: Man solle nur den Waisenvater von Grub anfragen, was die Frau für eine Person sei, dieser habe es erfahren und werde sagen, daß es so sei, wie er gesagt habe. Der Vertreter der Ehefrau dagegen hielt duplicando an den aufgestellten Behauptungen fest.

B. Nach Anhörung der Parteivorträge schritt das Bezirksge-

richt Oberegg, ohne Anordnung eines Beweisverfahrens, sofort zur Ausfällung des Endurtheils. Gestützt auf die Erwägungen, daß das eheliche Verhältniß der Litiganten allerdings als zerrüttet erscheine, die Ehescheidung aber nur vom Ehemanne verlangt werde, während die Ehefrau dieselbe nicht wünsche, und daß noch nicht jene Gründe vorliegen, die eine Ehescheidung nothwendig machen, im Gegentheil die Scheidungsklage von Seite des Ehemannes als eine ungenügend begründete erscheine, und eine nochmalige friedliche Wiedervereinigung der Eheleute leicht denkbar sei, hat das Bezirksgericht erkannt:

„1. Es seien die Eheleute Leonhard und Katharina Kriemler geb. Graf für zwei Jahre (a dato) von Tisch und Bett getrennt.

„2. Das jüngste Kind dieser Eheleute, Huldreich, sei während dieser Zeit der Mutter (resp. der Tit. Waisenbehörde in Grub) zu Pflege und Erziehung zugesprochen.

„3. Der Vater Leonhard Kriemler sei pflichtig, derselben für Alimentation des Kindes wöchentlich 3 Fr. zu bezahlen.

„4. An Kosten sind zu bezahlen:

„a. Gerichtskosten	Fr.	10 —
„b. Zitationskosten	„	1 50
Total:	Fr.	11 50

welchen Betrag der Ehemann Leonhard Kriemler zu bezahlen pflichtig ist."

C. Gegen diese Entscheidung ergriff der Ehemann Leonhard Kriemler die Weiterziehung an das Bundesgericht. Er stellt schriftlich die Anträge:

I. Es sei gestützt auf die Urtheile der Ehegaume Rehtobel vom 6. Februar 1872 und des Bezirksgerichtes Vorderland vom 3. Juli 1877, durch welche Kriemler von seiner Frau zu Tisch und Bett getrennt worden, und in Abänderung des vom Bezirksgerichte Oberegg am 13. September abhin erlassenen Urtheiles die gänzliche Scheidung der zwischen Leonhard Kriemler und Katharina Graf bestehenden Ehe auszusprechen.

II. Es sei der aus dieser Ehe hervorgegangene 9 Jahre alte Knabe dem in eigener und selbständiger Haushaltung lebenden Vater zur unentgeldlichen Erziehung und zum Unterhalte zu überlassen.

III. Hingegen sei Kriemler der Alimentationspflicht gegen die von ihm geschiedene Frau gänzlich zu entbinden.

IV. Eventuell sei das Bezirksgericht Oberegg anzuhalten, den von ihm weder im Urtheil erwähnten noch in den Akten aufgeführten Sachverhalt durch nachträgliche Erhebungen feststellen zu lassen.

D. Bei heutiger Verhandlung ist keine der beiden Parteien vertreten.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Wenn Art. 30 des Bundesgesetzes über Organisation der Bundesrechtspflege den Grundsatz aufstellt, daß das Bundesgericht seinem Urtheile den von den kantonalen Gerichten festgestellten Thatbestand zu Grunde zu legen habe, so folgt daraus von selbst, daß in der bundesgerichtlichen Instanz neue Vorbringen an thatsächlichen Behauptungen oder Beweisen schlechthin ausgeschlossen sind. Auch die Bestimmung des Schlußsatzes des cit. Art. 30, wonach das Bundesgericht eine Aktenvervollständigung anordnen kann, wenn von den kantonalen Instanzen Beweise über bestrittene entscheidende Thatsachen überhaupt nicht zugelassen worden sind, begründet keine Ausnahme hievon. Denn dieselbe bezieht sich nur auf den Fall, daß die kantonalen Gerichte Beweise über erhebliche Thatsachen, die vor ihnen von der Partei wirklich behauptet und zum Beweise verstellt worden sind, deßhalb nicht zugelassen haben, weil sie dieselben für unerheblich erachteten; dagegen wird dadurch offenbar keineswegs die Möglichkeit geschaffen, in der bundesgerichtlichen Instanz thatsächliche Behauptungen oder Beweise, die vor den kantonalen Gerichten gar nicht vorgebracht bezw. angetreten worden sind, nachzubringen.

2. Geht man hievon aus, so ist es klar, daß im vorliegenden Streitfalle zunächst von Anordnung einer Aktenvervollständigung im Sinne des eventuellen Rekursbegehrens des Klägers nicht die Rede sein kann. Denn Kläger hat vor dem kantonalen Gerichte, nach Ausweis des Gerichtsprotokolles, Beweise überhaupt nicht in rechtsgenügender Art angetreten, da sein einziges diesbezügliches Vorbringen, er verlange Abhörung des Waisenvaters von Grub darüber, was seine Frau für eine sei u. s. w.,

offenbar nicht als erheblicher Beweisantrag erscheint. Kläger kann sich sonach mit Grund nicht darüber beschweren, daß von ihm angebotene Beweise über erhebliche Thatsachen vom kantonalen Gerichte nicht zugelassen worden seien.

3. Ist aber demnach auf Grund des Thatbestandes, wie er dem Urtheile des Bezirksgerichtes Oberegg zu Grunde liegt, zu entscheiden, so erscheint die Weiterziehung als nicht hinlänglich begründet. Denn es ist nicht ersichtlich, daß in der Entscheidung des Bezirksgerichtes Oberegg eine unrichtige Anwendung des Gesetzes auf denjenigen Thatbestand, welcher diesem Gerichte vorlag und von ihm als feststehend angenommen wurde, liege. Allerdings wird die Nachprüfung der richtigen Anwendung des Gesetzes im vorliegenden Falle dadurch erschwert, daß im Urtheile des Bezirksgerichtes eine genauere Feststellung der vom Gerichte als feststehendes Ergebniß der Parteiverhandlungen angenommenen Thatsachen, wie das Gericht sie mit Rücksicht auf die in Art. 30 des Bundesgesetzes über Organisation der Bundesrechtspflege dem Bundesgerichte vorbehaltenen Kompetenzen hätte vornehmen sollen, gänzlich mangelt. Immerhin indeß ist aus der Vergleichung des Verhandlungsprotokolles mit dem gerichtlichen Urtheile ersichtlich, daß Thatsachen, welche einen bestimmten Ehescheidungsgrund bilden würden, nicht einmal behauptet und auch solche, aus denen der Schluß, daß ein weiteres Zusammenleben der Eheleute mit dem Wesen der Ehe unverträglich sei, bei richtiger Anwendung des Gesetzes mit Nothwendigkeit folgen würde, keineswegs festgestellt waren. Wenn in letzterer Richtung Kläger in seinem Rekursbegehren sich besonders darauf zu stützen scheint, daß der gegenwärtigen Scheidungsklage bereits eine zweimalige Temporalscheidung der Eheleute vorausgegangen sei, so ist darauf zu erwidern, daß vor dem kantonalen Gerichte, wie sich aus dem Verhandlungsprotokolle ergibt, eine derartige Behauptung gar nicht aufgestellt wurde, vielmehr Kläger nur behauptete, daß er im Jahre 1872 von seiner Frau getrennt worden sei und hierauf bis zu der im Jahre 1879 erfolgten Wiedervereinigung von ihr faktisch getrennt gelebt habe, während von einer zweiten Temporalscheidung überall nicht die Rede war. Die erwähnte, in den Rekursbegehren des Klägers

enthaltene Behauptung fällt also bei Beurtheilung der gegenwärtigen Scheidungsklage, nach dem in Erw. 1 Ausgeführten, gänzlich außer Betracht.

4. Erscheint aber somit die Weiterziehung des Klägers als unbegründet, so ist das angefochtene Urtheil lediglich zu bestätigen.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Das Urtheil des Bezirksgerichtes Oberegg vom 13. September 1880 wird in allen Theilen bestätigt.

V. Civilstreitigkeiten zwischen Kantonen einerseits und Privaten oder Korporationen anderseits.

Différends de droit civil entre des cantons d'une part et des corporations ou des particuliers d'autre part.

108. Urtheil vom 12. November 1880 in Sachen Matt gegen Glarus.

A. Im Kanton Glarus beruhte bis zum Jahre 1873 das Gemeindewesen ausschließlich auf dem Prinzipe der Bürgergemeinde, so daß in allen Gemeindeangelegenheiten, namentlich auch in Schulsachen, nur der ortsanwesende Bürger (Tagwengenosse) stimmberechtigt war. Die von der Landsgemeinde am 11. Mai 1873 angenommene Verfassungsrevision bestimmte nun im Gegensatze hiezu in § 89, daß die Schulgemeinde aus sämmtlichen innerhalb der Gemeinde wohnenden Schulgenossen, einschließlich derjenigen dem betreffenden Schulkreise zugeschiedenen Kantons- und Schweizerbürger bestehe, welche seit wenigstens einem Jahr in einer Ortschaft desselben niedergelassen seien. Dabei war im Weitern bestimmt, daß der Schulgemeinde das

Recht zustehe, innerhalb der durch das Gesetz festgestellten Schranken die nöthigen Verordnungen über ihre Schulen zu treffen und die Verwaltung des Schulvermögens zu besorgen; dieselbe habe die Schulpflege, sowie den Schulvogt und die Schullehrer zu wählen. Den Schulgemeinden wurde (§ 11 der erwähnten Verfassungsrevision) das Recht eingeräumt, für ihre Bedürfnisse, innerhalb der Schranken des Gesetzes, Vermögens- und Kopfsteuern zu erheben, bei deren Erhebung die Niedergelassenen den Bürgern vollständig gleichzuhalten sind und mit keinerlei besondern Auflagen belastet werden dürfen. Gleichzeitig nahm die Landsgemeinde ein neues Schulgesetz an, in welchem an die Schule gegenüber früher bedeutend erhöhte Anforderungen gestellt wurden und daher auch eine erweiterte Beitragspflicht des Staates an die Schulausgaben der Gemeinden statuirt wurde. In § 51 dieses Schulgesetzes wurde in dieser Richtung vorgeschrieben: „Ist eine Schulgenossenschaft nicht im Stande, mittelst der „Zinsen des Schulgutes, zuzüglich einer Vermögens- und Kopf„steuer, welche für Kirchen- und Schulzwecke zusammen 2 ‰, „beziehungsweise 2 Fr. per Kopf beträgt, die laufenden alljähr„lich wiederkehrenden Bedürfnisse nach Maßgabe der im gegen„wärtigen Gesetze aufgestellten Vorschriften zu befriedigen, so hat „sie Anspruch auf Staatsunterstützung.

„Das Defizit, welches sich nach Erschöpfung vorgenannter „Hülfsquellen (Zinse und Steuern) ergibt, ist zu drei Viertheilen vom Staat, zu einem Viertheil von demjenigen Tagwen „oder Genossame zu übernehmen, welchem die betreffende Schul„genossenschaft angehört.

„Bei außerordentlichen Ausgaben, wie Neubau oder Erwei„terung von Schulhäusern, mag der Kantonsschulrath um einen „den Verhältnissen angemessenen Beitrag angegangen werden."

B. Für die auf Grund des Schulgesetzes vom 11. Mai 1873 konstituirte Schulgemeinde Matt ergab sich im Jahre 1874 die Nothwendigkeit einer Erweiterung des Schulhauses, deren Kosten dieselbe aus den ihr nach § 51 leg. cit. zur Verfügung stehenden Mitteln zu decken nicht im Stande war; sie wandte sich nun zunächst an den Tagwen Matt, in dessen Eigenthum das Schulhaus stand und welcher vor dem Inkrafttreten der neuen

Schulorganisation die Schulverwaltung geführt und demgemäß für die nöthigen Schullokalitäten und deren Instandhaltung gesorgt hatte, mit dem Gesuche, er möchte in seinen Kosten die Schulhauserweiterung ausführen. Der Tagwen Matt beschloß indeß am 11. August 1874, dieses Gesuch abzulehnen und die Schulgemeinde selbst bauen zu lassen, ihr aber das Schulhaus abzutreten und den Tagwen-Gemeinderath mit der Ausführung dieses Beschlusses zu beauftragen. Die Schulgemeinde Matt nahm nun zu Deckung der ihr erwachsenden Bauauslagen, welche sich auf etwa 34 000 Fr. belaufen, ein Anleihen auf. Durch die für Verzinsung dieses Anleihens erforderlichen Beträge ergaben sich in den Schulrechnungen der Gemeinde Matt alljährlich erheblich erhöhte Defizite; so in der Rechnung für 1875 ein Defizit von 1563 Fr. 43 Cts., in der Rechnung für 1876 ein solches von 3172 Fr. 56 Cts. und in derjenigen für 1877 ein solches von 5079 Fr. 56 Cts. Die Schulgemeinde Matt erhob in Bezug auf diese Defizite den Anspruch, daß dieselben gemäß Art. 51 Abs. 1 und 2 des Schulgesetzes vom 11. Mai 1873 zu drei Viertheilen vom Staate und zu einem Viertheil vom Tagwen Matt gedeckt werden müssen. Der Tagwen Matt erklärte sich zu Uebernahme des auf ihn entfallenden Viertheils bereit, dagegen lehnte der Kantonsschulrath, Namens des Staates, die ihm angesonnene Uebernahme der übrigen drei Viertheile ab und es wurde diese Schlußnahme auch vom Rathe des Kantons Glarus durch Beschluß vom 14. August 1877 bestätigt, wesentlich aus dem Grunde, weil Auslagen für Schulhausbauten und also auch die Verzinsung von solchen nicht zu den alljährlich wiederkehrenden Bedürfnissen im Sinne des § 51 Al. 1 des Schulgesetzes gehören und demgemäß nicht in die Defizitberechnung eingestellt werden dürfen, vielmehr für die Betheiligung des Staates an Schulhausbauten einzig das dritte Alinea des § 51 cit. maßgebend sei.

C. Nachdem Vergleichsversuche fruchtlos geblieben waren und anderweitige gerichtliche Auftritte vorangegangen waren, trat die Schulgemeinde Matt beim Bundesgerichte gegenüber dem Staate Glarus klagend auf. In ihrer Klage vom 21. April 1880 stellt sie die Anträge: Es sei der Staat (Fiskus) des Kantons Glarus schuldig, anzuerkennen:

1. daß sowohl die Verzinsung als die amortisationsweise Rückzahlung der von der Schulgemeinde Matt für die Ausführung der dortigen Schulhausbauten kontrahirten Schuld nach § 51 des glarnerischen Gesetzes betreffend das Schulwesen vom 11. Mai 1873 zu den laufenden alljährlich wiederkehrenden Bedürfnissen der genannten Schulgemeinde gehören;

2. daß demgemäß der beklagte Fiskus schuldig sei, das nach Erschöpfung der gesetzlich zulässigen Hülfsquellen sich ergebende Defizit der die Verzinsung und Rückzahlungsquoten der fraglichen Bauschuld umfassenden jährlichen Schulgemeinderechnungen von Matt zu drei Viertheilen zu übernehmen;

3. daß in Anwendung der vorstehenden Grundsätze der beklagte Fiskus pflichtig sei, der Klägerin, unter Vorbehalt ihrer weitern Forderungsrechte, die streitigen Defizitbeträge pro 1876 bis und mit 1879 von zusammen 3105 Fr. 80 Cts. zu bezahlen, unter Kostenfolge.

Zur Begründung wird im Wesentlichen angebracht: Die Entscheidung über die Klage hange von der Auslegung ab, die man dem § 51 des glarner. Schulgesetzes gebe. Wenn nun das dritte Lemma dieses Paragraphen nicht vorhanden wäre, so würde die Begründetheit des Klagebegehrens keinem Zweifel unterliegen. Denn nach dem ersten Lemma dieses § 51, welches die Voraussetzungen feststelle, unter welchen eine Schulgemeinde Anspruch auf Staatsunterstützung habe, sei hiezu lediglich gefordert, daß eine Gemeinde die laufenden alljährlich wiederkehrenden Bedürfnisse der Schule mittelst der Zinse ihres Vermögens und der Maximalansätze ihrer Steuern nicht zu befriedigen im Stande sei. Zu den „laufenden alljährlich wiederkehrenden Bedürfnissen" der Schulgemeinde gehöre nun aber gewiß auch die Erfüllung der Verpflichtungen, welche die Gemeinde zu Schulzwecken in Bezug auf Verzinsung und Amortisation von Bauanleihen eingegangen habe. Nach den beiden ersten Absätzen des § 51 habe also die Gemeinde gegenüber dem Staate und dem Tagwen einen Rechtsanspruch auf Uebernahme eines daherigen Defizites, beziehungsweise sei sie berechtigt, ihre daherigen Auslagen in ihre Rechnung behufs der Ermittlung des Defizits einzustellen. Hieran werde nun durch das dritte Lemma des angeführten § 51 nichts

geändert. Im Gegensatze zu den beiden ersten Absätzen des § 51 statuire das dritte Lemma dieses Paragraphen nicht eine Rechtspflicht des Staates, sondern stelle es ins freie Ermessen der Staatsbehörden, ob und welchen Beitrag dieselben an außerordentliche Ausgaben der Schulgemeinde leisten wollen; andererseits mache dasselbe aber auch der Gemeinde nicht zur Pflicht, einen einmaligen Kapitalbeitrag des Staates auf diesem Wege nachzusuchen, sondern es sei, wie die Wortfassung der fraglichen Gesetzesstelle ergebe, der Gemeinde die Wahl gelassen, ob sie einen solchen einmaligen Beitrag an die Baukosten nachsuchen oder aber hierauf verzichten und gemäß den vorhergehenden Bestimmungen des § 51 die sich in Folge Verzinsung und Amortisation der Bauschuld jährlich ergebenden Auslagen in ihre Rechnung einstellen und die Deckung des sich nach Erschöpfung ihrer gesetzlichen Einnahmquellen ergebenden Defizites vom Staat und Tagwen verlangen wolle. Das dritte Alinea des § 51 habe wesentlich nur für solche Gemeinden Bedeutung, welche finanziell selbständiger gestellt seien und ein größeres Schulgut besitzen. Für solche Gemeinden könne es vortheilhaft sein, einen einmaligen Kapitalbeitrag zu erhalten, da sie alsdann sich mit einem kleinern Anleihen begnügen und in Folge dessen ihre jährlich wiederkehrenden Auslagen inkl. Verzinsung und Amortisation der Bauschuld aus den Zinsen ihres Schulgutes ohne oder wenigstens ohne vollständige Inanspruchnahme ihrer Steuerkraft bestreiten können. Mit Rücksicht hierauf sei denn auch das dritte Alinea in das Gesetz aufgenommen worden. Die Richtigkeit dieser Interpretation ergebe sich auch daraus, daß man bei Annahme der entgegengesetzten Auslegung, wie der Kanton Glarus sie vertrete, zu einer Absurdität gelange. Wenn nämlich wirklich, wie der Staat Glarus behaupte, eine Verpflichtung des Staates, an die Deckung der sich in Folge von Schulhausbauten ergebenden Defizite beizutragen, nicht bestände, bezw. die beiden ersten Absätze des § 51 hierauf nicht zu beziehen wären, so ergäbe sich die Anomalie, daß diese Defizite überhaupt gar nicht gedeckt werden könnten, also die Gemeinde durch das Gesetz zur Einstellung ihrer Zahlungen genöthigt würde. Denn die Hülfsmittel der Schulgemeinden seien gesetzlich begrenzt; über die vom Gesetze

zugelassene Maximalsteuer von 2 ‰, beziehungsweise 2 Fr. per Kopf, dürfe die Gemeinde nicht hinausgehen. Der Staat behaupte nun freilich, die Pflicht zur Ausführung der erforderlichen Schulhausbauten bezw. zur Bezahlung der daherigen Auslagen liege dem Tagwen ob, und die Gemeinde hätte, bevor sie gegen den Staat klagend auftreten könne, zunächst den Tagwen belangen und diesem gegenüber den Prozeß in allen Instanzen durchführen sollen. Allein das sei nicht richtig. Vor der Einführung des neuen Schulgesetzes vom 11. Mai 1873 sei allerdings die Schulverwaltung dem Tagwen zugestanden und habe dieser demgemäß für die erforderlichen Schullokalitäten gesorgt. Nachdem nun aber das Schulgesetz vom 11. Mai 1873 die neue Schulgemeinde geschaffen habe, liege dieser die Obsorge für die nöthigen Schullokalitäten ob; denn eine Verpflichtung des Tagwens, hiefür zu sorgen, spreche das Gesetz nirgends aus, vielmehr lege dasselbe dem Tagwen einzig und allein die Verpflichtung auf, einen Viertel an die Deckung des jährlichen Defizites beizutragen. Wenn endlich der Staat gegenüber ihrer Forderung einwende, daß sie zu Erhebung derselben deßhalb nicht legitimirt sei, weil sie gar nicht Eigenthümerin des Schulhauses in Matt sei, so müsse dagegen bemerkt werden: Allerdings sei das Schulhaus in Matt noch nicht auf den Namen der Schulgemeinde im Grundbuche umgeschrieben; allein dies sei einzig und allein eine Folge davon, daß die Standeskommission des Kantons Glarus die vom Tagwen und der Schulgemeinde beantragte Umschreibung im Grundbuche mit Rücksicht auf den gegenwärtigen Prozeß untersagt habe. Die Umschreibung im Grundbuche sei übrigens, wie des Nähern ausgeführt wird, nach glarnerischem Rechte zur Erwerbung des Eigenthums gar nicht nöthig; endlich komme auf die Frage des Eigenthums am Schulhause gar nichts an, da dem Staate gegenüber gemäß Art. 51 cit. nicht der Eigenthümer des Schulhauses, sondern die Schulgenossenschaft berechtigt sei.

D. In seiner Klagebeantwortung trägt der Fiskus des Kantons Glarus auf Abweisung der Klage unter Kostenfolge an und bemerkt im Wesentlichen: Nach wie vor dem Jahre 1873 sei der Tagwen Matt Eigenthümer des Schulhauses in Matt

und habe für die für die Schule erforderlichen Lokalitäten auf seine ausschließlichen Kosten zu sorgen, wobei der Staat lediglich um einen freiwilligen Beitrag angegangen werden könne. Die Schulgemeinde sei nicht berechtigt, den Tagwen, welcher übrigens nahezu aus den nämlichen Personen, wie die Schulgemeinde, bestehe, von dieser Verpflichtung zu entlasten, im Gegentheil sei sie verpflichtet, ihr Recht dem Tagwen gegenüber vor allen Instanzen zu verfolgen, bevor sie gegenüber dem Staat mit einer Forderung auftreten könne. Die beabsichtigte Uebertragung des Eigenthums am Schulhause auf die Schulgemeinde sei, weil eine Abänderung der Sachlage involvirend, nicht zulässig gewesen. Die von der Klägerin vertretene Interpretation des Art. 51 des Schulgesetzes stelle sich als eine durchaus unrichtige dar. Dies ergebe sich sowohl aus dem Wortlaute des Gesetzes als aus der Entstehungsgeschichte und der bisherigen Anwendung desselben. Das Gesetz unterscheide in ganz unzweideutiger Weise zwischen laufenden alljährlich wiederkehrenden Bedürfnissen der Schulgemeinde, zu deren Deckung der Staat, wenn die gesetzlichen Hülfsmittel der Schulgemeinden nicht ausreichen, in bestimmtem Verhältnisse beitragen müsse, und zwischen außerordentlichen Ausgaben, an welche den Baupflichtigen nur freiwillige Staatsbeiträge in Aussicht gestellt werden. Bauausgaben und deren Verzinsung gehörten nun gewiß zu den außerordentlichen und nicht zu den laufenden alljährlich wiederkehrenden Ausgaben. Sodann seien bei Berathung des Gesetzesentwurfes im dreifachen Landrathe am 18. Februar 1873 gegenüber dem ursprünglichen Entwurfe des Kantonsschulrathes, welcher eine rechtliche Verpflichtung des Staates in keiner Beziehung in das Gesetz habe aufnehmen wollen, eine Reihe von Abänderungsanträgen gestellt worden; von diesen habe der Antrag 2 gerade das enthalten, was nun die Klägerin aus dem Gesetze herauslesen wolle. Allein dieser Antrag sei nicht angenommen, sondern schließlich der fragliche Paragraph zur nähern Redaktion auf Grund der stattgefundenen Abstimmungen an den Kantonsschulrath zurückgewiesen worden, auf dessen Vorschlag er dann in der zum Gesetze gewordenen Fassung in der Sitzung des dreifachen Landrathes vom 5. März 1873 angenommen worden sei. Ferner sei zu bemerken,

daß die Landsgemeinde am 2. Mai 1880 gerade mit Rücksicht auf den vorliegenden Rechtsstreit folgende abgeänderte Redaktion des Lemma 3 des § 51 des Schulgesetzes vom 11. Mai 1873 trotz der Einsprache der Klägerin mit Einmuth angenommen habe: „An außerordentliche Ausgaben, wie Neubauten oder Er„weiterungen bestehender Schulhäuser, für welche dem Kantons„schulrathe einläßliche Pläne zur Genehmigung eingereicht wor„den sind, leistet der Staat einen den Verhältnissen angemesse„nen Beitrag, welcher 20 % der Gesammtbaukosten nicht über„steigen darf. Auf Bericht und Antrag des Kantonsschulrathes „wird die Größe dieses auszubezahlenden Landesbeitrages durch „Landammann und Rath endgültig festgesetzt. Die übrigen da„herigen Kosten haben die betreffenden Tagwen oder Genossa„men zu bestreiten, sofern nachweislich das Maximum der Schul„steuer nicht ausreicht, um innert fünf Jahren die daherigen „Kosten abzutragen.“ Schon vorher sei § 51 des Schulgesetzes von der Landsgemeinde authentisch in diesem Sinne interpretirt worden; in einem Gesetze über die Bergschulen vom 8. Juni 1879 (§ 4 desselben) sei nämlich bereits der Grundsatz ausgesprochen, daß Schulhausbauten und größere Reparaturen dem betreffenden Tagwen zur Last fallen, und daß der Kantonsschulrath berechtigt sei, an solche außerordentliche Ausgaben einen angemessenen Beitrag zu bewilligen; dabei sei ausdrücklich auf § 51 des Schulgesetzes verwiesen. Im Weitern sei bereits durch Cirkular des Kantonsschulrathes an die sämmtlichen Schulpflegen des Kantons vom 9. August 1876 darauf aufmerksam gemacht worden, daß an Erweiterungen und Vergrößerungen von Schulhäusern, die wie Neubauten betrachtet werden, nach § 51 des Schulgesetzes beim Kantonsschulrath um einen Beitrag nachgesucht werden könne, wobei dann aber selbstverständlich der betreffende Tagwen den Rest zu decken habe und daß demnach daherige Posten in Zukunft bei Ermittelung des staatlichen Beitrages an das jährliche Defizit aus den Rechnungen eliminirt werden müßten. In diesem Sinne sei auch das Gesetz durch den Kantonsschulrath seither gehandhabt worden, wofür auf einen Beschluß desselben vom 26. Februar 1877 betreffend Landessubvention für den Schulhausbau in Näfels, sowie auf die übrigen

von ihm in seiner die Gemeinde Matt betreffenden Zuschrift an Landammann und Rath vom 27. Juni 1877 aufgezählten Fälle, welche die Gemeinden Haslen, Riedern, Schwändi und Bettschwanden betreffen, verwiesen werde.

E. Aus der Replik der Klägerin ist hervorzuheben: Eine private oder öffentlich rechtliche Verpflichtung des Tagwen Matt, die in Frage stehenden Schulhausbaukosten zu tragen, bestehe nicht; eine privatrechtliche Verpflichtung habe vor 1873, da ja Schulgemeinde und Tagwen identisch gewesen seien, nicht entstehen können; eine öffentlich rechtliche Verpflichtung spreche das Gesetz vom 11. Mai 1873 nirgends aus. Gerade das Bergschulgesetz vom 2. Juni 1879 und die Schulgesetzrevision vom 2. Mai 1880, welche der Beklagte anführe, beweisen dies und sprechen somit zu Gunsten der Klägerin, denn sie zeigen, daß da, wo eine Verpflichtung des Tagwen habe statuirt werden wollen, dies ausdrücklich habe geschehen müssen; von einer rückwirkenden Anwendung der Gesetzesrevision vom 2. Mai 1880 auf den vorliegenden, schon vor dem betreffenden Landsgemeindebeschlusse gerichtlich anhängig gemachten Fall könne selbstverständlich nicht die Rede sein. Auch die Entstehungsgeschichte des § 51 des Gesetzes vom 11. Mai 1873 spreche völlig zu Gunsten der Klägerin und keineswegs zu Gunsten des Beklagten. Wenn man das Protokoll der Sitzung des dreifachen Landrathes vom 18. Februar 1873 sorgfältig prüfe, so werde man sich überzeugen, daß der Antrag 2, welcher, wie Beklagter selbst zugebe, die von der Klägerin vertretene Anschauung unzweideutig ausspreche, in den betreffenden Abstimmungen der Sache nach angenommen und nur zu näherer redaktioneller Feststellung an den Kantonsschulrath zurückgewiesen worden sei, dagegen sei Antrag 7, welcher die vom Staate nunmehr vertretene Auslegung enthalte, mit allen gegen zwei Stimmen verworfen worden. Endlich seien auch die Ausführungen des Beklagten über die bisherige Handhabung des Gesetzes keineswegs beweisend.

F. In seiner Duplik bekämpft der Beklagte die Ausführungen der Replik in allen Richtungen und betont insbesondere: Er habe nicht behauptet, daß die von der Landsgemeinde am 2. Mai 1880 angenommene Revision des § 51 des Schulgesetzes vom 11. Mai

1873 eine authentische Interpretation dieser Gesetzesstelle enthalte und daß derselben rückwirkende Kraft beizumessen sei, allein die Bedeutung habe dieselbe denn doch unter allen Umständen, daß sie vom Tage ihres Inkrafttretens an auch auf den vorliegenden Fall anzuwenden sei, so daß das Rechtsbegehren jedenfalls nur für die Zeitdauer bis zum 2. Mai 1880 gutgeheißen werden könnte.

G. Bei der heutigen Verhandlung halten die Vertreter der Parteien die gestellten Anträge unter eingehender Begründung aufrecht.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Nach Art. 27 Ziffer 4 des Bundesgesetzes über Organisation der Bundesrechtspflege beurtheilt das Bundesgericht civilrechtliche Streitigkeiten zwischen Kantonen einerseits und Korporationen und Privaten andererseits, wenn der Streitgegenstand einen Hauptwerth von wenigstens 3000 Fr. hat und die eine oder andere Partei es verlangt. Da nun im vorliegenden Falle ein Kanton als Beklagter erscheint, der Streitgegenstand einen Hauptwerth von über 3000 Fr. hat, und von der Klägerin der Rechtsstreit beim Bundesgerichte anhängig gemacht wurde, so ist die Kompetenz des Bundesgerichtes zweifellos begründet, sofern es sich um eine civilrechtliche Streitigkeit handelt. Auch letztere Voraussetzung aber muß als hergestellt betrachtet werden, denn es ist seitens des Kantons Glarus die Kompetenz des Bundesgerichtes nicht bestritten worden, und es muß demgemäß angenommen werden, daß nach der Gesetzgebung des Kantons Glarus die von der Klägerin gestützt auf § 51 des glarnerschen Schulgesetzes geltend gemachte Forderung allerdings als civilrechtlich verfolgbarer Anspruch ex lege zu betrachten sei.

2. Beklagter hat nun der Klage zunächst die Behauptung entgegengestellt, daß Klägerin, bevor sie mit einer Forderung gegen den Staat auftreten könne, zunächst den Tagwen Matt belangen und den daherigen Prozeß in allen Instanzen durchführen müsse. Allein diese Einwendung, an welche übrigens der Beklagte ein entsprechendes Rechtsbegehren nicht geknüpft und auf welche auch der Vertreter desselben im heutigen Vortrage kein Gewicht mehr gelegt hat, erscheint offenbar als unbegründet. Denn es ist nicht einzusehen, aus welchem Rechtsgrunde die Klägerin genöthigt werden könnte, ihre Forderung anstatt gegen den Beklagten, wel-

chem gegenüber sie berechtigt zu sein behauptet, zunächst gegenüber dem Tagwen Matt, dessen Verpflichtung sie gerade in Abrede stellt, geltend zu machen.

3. Ist sonach heute auf die sachliche Prüfung der Klage einzutreten, so hängt die Entscheidung über dieselbe, wie Klägerin richtig bemerkt, lediglich von der Auslegung des § 51 des glarnerschen Gesetzes betreffend das Schulwesen vom 11. Mai 1873 ab. In dieser Beziehung kommt nun in Betracht:

a. Wenn, gemäß bekannter Auslegungsregel, die einzelnen Bestimmungen des § 51 cit. in ihrem Zusammenhange untereinander und mit den übrigen Bestimmungen des Gesetzes aufgefaßt werden, so ergiebt sich bei unbefangener Prüfung von selbst, daß das Gesetz zwei verschiedene Klassen von Schuldbedürfnissen unterscheidet und in Bezug auf die Leistung von Staatsbeiträgen einer entgegengesetzten Behandlung unterwirft: einerseits die laufenden, alljährlich wiederkehrenden Bedürfnisse, welche „nach Maßgabe der im gegenwärtigen Gesetze aufgestellten Vorschriften" zu befriedigen sind, andereseits die außerordentlichen Bedürfnisse. Zu Deckung der Bedürfnisse der erstern Art, zu welchen nach Art. 16 des Gesetzes insbesondere die Ausgaben für Ertheilung des Unterrichtes selbst, speziell für Lehrerbesoldungen und für unentgeldliche Lieferung des Schreibmaterials an die Kinder gehören, ist den Schulgenossenschaften Staatsunterstützung unter den gesetzlichen Voraussetzungen durch Lemma 1 und 2 leg. cit. im bestimmten Umfange fest zugesichert. An außerordentliche Ausgaben, wie Neubau und Erweiterung von Schulhäusern, dagegen, worüber das Gesetz im Uebrigen keine speziellen Vorschriften enthält, wird der Staat zu keinem Beitrag fest verpflichtet, sondern lediglich bestimmt (Lemma 3 leg. cit.), daß der Kantonsschulrath um einen den Verhältnissen angemessenen Beitrag angegangen werden möge, d. h. es ist die Entscheidung über Leistung eines Staatsbeitrages an außerordentliche Ausgaben und über die Höhe desselben dem freien Ermessen der Staatsbehörde anheimgegeben. Es kann demnach keineswegs, wie die Klägerin anzunehmen scheint, davon ausgegangen werden, daß es den Schulgenossenschaften freigestellt sei, an außerordentliche Auslagen entweder nach Lemma 3 leg. cit. einen freiwilligen Staats-

beitrag nachzusuchen oder aber dieselben nach Lemma 1 und 2 cit. in ihre Rechnung behufs der Defizitermittlung und Berechnung des obligatorischen Staatsbeitrages einzustellen; vielmehr widerspricht diese Ansicht dem insoweit ganz unzweideutigen Inhalte des Gesetzes, wonach dem Staate eine feste Verpflichtung zur Beitragsleistung nur zum Zwecke der Deckung der „laufenden, alljährlich wiederkehrenden Bedürfnisse nach Maßgabe der im gegenwärtigen Gesetze aufgestellten Vorschriften" auferlegt ist, während in Beziehung auf die Beitragsleistung an außerordentliche Ausgaben den Staatsbehörden freie Hand vorbehalten wird.

b. Als außerordentliche Ausgaben, für welche demnach eine feste Beitragspflicht des Staates nicht besteht, nennt nun das Gesetz, der Natur der Sache entsprechend, speziell Ausgaben für Neubau und Erweiterung der Schulhäuser. Nun ist es klar, daß, sofern die Baukosten zu den außerordentlichen Ausgaben gehören, auch die Auslagen für Amortisation und Verzinsung von Anleihen, welche zu Bestreitung von Baukosten aufgenommen wurden, in die gleiche Kategorie einzureihen sind. Denn ein zu Bestreitung von Bauauslagen aufgenommenes Anleihen repräsentirt ja unzweifelhaft gerade die Baukosten, und die Auslagen, welche die Gemeinde für Amortisation und Verzinsung desselben zu machen hat, qualifiziren sich demnach als Bauauslagen. Wenn dem gegenüber der Vertreter der Klägerin im heutigen Vortrage insbesondere ausgeführt hat, daß jedenfalls die Zinsen einer Bauschuld, wie diejenigen irgend einer andern Schuld, zu den laufenden und zu den alljährlich wiederkehrenden Auslagen gehören, so ist darauf zu erwidern, daß, wenn auch allerdings diese Zinsen in periodisch wiederkehrenden Terminen zu entrichten sind, und die Zinsenzahlung, im Gegensatze zur Kapitalzahlung, als Zahlung einer laufenden Schuld bezeichnet werden mag, doch die Zinsverbindlichkeit einen Bestandtheil bezw. ein Accessorium der Bauschuld bildet und daher, worauf allein es nach dem Inhalte des Gesetzes ankommen kann, das Bedürfniß, zu dessen Befriedigung diese Verbindlichkeit kontrahirt worden ist und die Erfüllung derselben dient, nicht zu den laufenden alljährlich wiederkehrenden gehört.

c. Zur Bestätigung dieser aus dem Texte des Art. 51 cit.

selbst mit Nothwendigkeit sich ergebenden Entscheidung mag im Fernern noch auf den § 4 des Gesetzes betreffend die Bergschulen vom 18. Juni 1879 hingewiesen werden. Wenn nämlich auch in dieser Gesetzesbestimmung nicht, wie Beklagter behauptet, eine authentische Interpretation des Schulgesetzes vom 11. Mai 1873 gefunden werden kann, da dieselbe durchaus nicht eine bestimmte Erklärung des Gesetzgebers über den Sinn, den er mit § 51 des allgemeinen Schulgesetzes verbunden habe, enthält, so kann sie doch als Interpretationsbehelf insofern in Betracht kommen, als jedenfalls die Vermuthung nahe liegt, der Gesetzgeber habe die Bergschulen und Berggemeinden in Bezug auf die Staatsbeiträge an das Schulwesen nicht ungünstiger als die übrigen Gemeinden und Schulen des Kantons behandeln, sondern auf dieselben in dieser Beziehung die allgemeinen, für alle Gemeinden geltenden Grundsätze anwenden wollen und demnach den § 4 des Bergschulgesetzes als dem Sinn nach mit § 51 des allgemeinen Schulgesetzes übereinstimmend betrachtet. Ebenso spricht, wie der Beklagte richtig ausgeführt hat, und wogegen die Klägerin nichts Erhebliches hat vorbringen können, die bisherige Handhabung des Gesetzes durch die kantonalen Behörden, wie insbesondere das Kreisschreiben des Kantonsschulrathes vom 8. August 1876 zeigt, entschieden zu Gunsten der hier vertretenen Auslegung des Gesetzes.

4. Ergiebt sich somit aus dem Texte des § 51 des Schulgesetzes selbst unzweideutig, daß eine rechtliche Beitragspflicht des Staates an die Ausgaben für Verzinsung und Amortisation von Bauschulden nicht besteht und wird dieses Ergebniß durch die spätere Gesetzgebung und die Praxis der kantonalen Behörden bestätigt, so kann dem gegenüber auf die Argumente, welche die Klägerin aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes für sich herzuleiten sucht, kein Gewicht gelegt werden. Es mag in dieser Richtung der Klägerin zugegeben werden, daß es nach dem Protokolle der Sitzung des dreifachen Landrathes vom 18. Februar 1873 allerdings zweifelhaft scheint, ob nicht der Landrath in dieser Sitzung den, die streitige Frage zu Gunsten der Klägerin entscheidenden Antrag 2 im Prinzip habe annehmen wollen, allein jedenfalls hat er diesen Antrag nicht definitiv angenommen, sondern in der Sitzung vom 5. März 1873, in welcher

der Gesetzestext erst endgültig festgesetzt wurde, einen davon völlig verschiedenen Antrag zum Beschlusse erhoben und in den Text des Gesetzes aufgenommen, so daß auf die Beschlußfassung vom 18. Februar 1873 überall nichts ankommen kann.

5. Wenn endlich Klägerin zur Begründung ihres Anspruches sich insbesondere darauf beruft, daß bei Annahme der hier vertretenen Auslegung des Gesetzes eine Deckung des Baudefizits ihr überhaupt gesetzlich unmöglich wäre, sie also vom Gesetze zur Einstellung ihrer Zahlungen genöthigt würde, was unmöglich im Willen des Gesetzgebers gelegen sein könne, so ist darauf zunächst zu erwidern, daß, auch wenn wirklich die vom Gesetze den Schulgenossenschaften zu Deckung ihrer Auslagen zur Verfügung gestellten Mittel unzulänglich sein sollten, dieser Umstand zwar wohl für den Gesetzgeber einen Grund zur Aenderung des Gesetzes abgeben, keineswegs dagegen den Richter ermächtigen würde, auf dem Wege der Gesetzesauslegung dem Staate eine Beitragspflicht aufzuerlegen, die er nach dem Inhalte des Gesetzes offenbar nicht übernommen hat. Allein die fragliche Behauptung ist überhaupt keineswegs erwiesen. Denn weder das Schulgesetz vom 11. Mai 1873 noch die Verfassungsrevision vom gleichen Tage legen den Schulgemeinden die Pflicht zum Bau und zur Erweiterung der Schulhäuser auf, und es erscheint nun zum Mindesten als höchst wahrscheinlich, daß durch diese Erlasse der frühere Rechtszustand in dieser Beziehung nicht verändert worden, vielmehr das Eigenthumsrecht an den Schulgebäuden und die Pflicht zum Bau und Unterhalt derselben bei denjenigen verblieben sei, denen dieses Recht und diese Pflicht bisher zustanden, also für die Gemeinde Matt beim Tagwen Matt, welchem, wie zwischen den Parteien feststeht, die Obsorge für Beschaffung der Schullokalitäten bis zum Jahre 1873 oblag. In diesem Sinne ist denn auch für die Zukunft die Frage durch die von der Landsgemeinde am 2. Mai 1880 angenommene Revision des Schulgesetzes in vollständiger Uebereinstimmung mit dem historischen Rechte ausdrücklich geregelt worden.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Klage wird abgewiesen.

VI. Bürgerrechtsstreitigkeiten zwischen Gemeinden verschiedener Kantone.

Contestations entre communes de différents cantons touchant le droit de cité.

109. Urtheil vom 13. November 1880 in Sachen Winkel gegen Oberflachs.

A. Susanna Keller geb. Leuthold verließ im Frühjahr 1874 ihren damaligen Ehemann Johannes Keller, Schneider, von Winkel, Kantons Zürich, in Amsterdam und kehrte nach der Schweiz zurück. Bei ihren Eltern in Thalweil gebar sie am 12. August 1874 einen Knaben, Gustav Alfred, welcher von der Gemeinde Winkel als Bürger anerkannt wurde. Während der Ehemann Johannes Keller fortwährend im Auslande sich aufhielt, trat die Susanna Keller geb. Leuthold in ein Verhältniß zu dem Gärtner Jakob Leder von Oberflachs, Kantons Aargau; sie leitete nunmehr den Scheidungsprozeß gegen ihren Ehemann ein und wurde durch Urtheil des Bezirksgerichtes Bülach vom 5. Oktober 1875 von demselben gänzlich geschieden. Am 11. April 1876 sodann gebar sie ein Mädchen, welchem der Name Myrtha beigelegt wurde, und am 12. Oktober 1876 wurde sie mit dem Jakob Leder von Oberflachs durch das Civilstandsamt Buchs, Kantons Aargau, getraut. Beim Abschluß der Ehe erkannte Jakob Leder das von der Susanna geb. Leuthold am 11. April 1876 geborene Mädchen Myrtha als von ihm erzeugt an und verlangte dessen Eintragung als eheliches Kind gemäß Art. 41 des Bundesgesetzes über Civilstand und Ehe vom 24. Dezember 1874.

B. In Folge dessen richtete das Civilstandsamt Buchs an dasjenige von Oberflachs das Begehren, es möchte das Kind Myrtha als heimathörig zu Oberflachs in das dortige Geburtsregister eingetragen werden. Das Civilstandsamt von Oberflachs suchte bei der Justizdirektion des Kantons Aargau um Weisung nach und diese entschied am 9. November 1876 dahin: Der Ci-

vilstandsbeamte von Oberflachs habe das genannte Kind nicht in das dortige Geburtsregister einzutragen und der Civilstandsbeamte von Buchs habe die hierauf bezüglichen Schritte beim Civilstandsbeamten von Winkel zu thun, wesentlich gestützt auf folgende Gründe: Es unterliege keinem Zweifel, daß das Kind der Susanna geb. Leuthold zu einer Zeit erzeugt worden sei, als deren Ehe mit Johannes Keller noch zu Recht bestanden habe; es sei nun ein von allen Gesetzgebungen anerkannter Grundsatz, daß in diesem Falle der Ehemann als Vater des Kindes präsumirt werde, selbst wenn ein Dritter bezeuge, daß er der physische Urheber der bezüglichen Schwangerschaft sei. Das aargauische bürgerliche Gesetzbuch spreche diesen Grundsatz in § 157, 162 und 173 klar und deutlich aus. Nur dem Ehemann und seinen Erben stehe nach § 158 des aarg. bürgerlichen Gesetzbuches das Recht zu, den ehelichen Stand des Kindes auf dem Wege gerichtlicher Klage anzufechten. So lange dies im vorliegenden Falle nicht geschehen und die Vermuthung dafür, daß das Kind Myrtha eheliches Kind des Johannes Keller sei, nicht widerlegt sei, müsse dasselbe aber als eheliches Kind des Johannes Keller gelten und gehöre daher der Heimatgemeinde des letztern, der Gemeinde Winkel, heimatrechtlich an.

C. Nachdem der Gemeindrath von Winkel von dieser Entscheidung durch das Civilstandsamt Buchs Kenntniß erhalten hatte, wandte er sich seinerseits an die Justizdirektion des Kantons Zürich; diese äußerte durch Reskript vom 5. Januar 1877 ihre Ansicht dahin, daß das von der Susanna geb. Leuthold geborene Kind Myrtha nicht in das Geburtsregister der Gemeinde Winkel einzutragen sei, da vorehelich geborene Kinder durch die nachfolgende Ehe der Eltern legitimirt werden und dadurch Namen und Bürgerrecht des Vaters erlangen; die aargauische Justizdirektion möge klagend auftreten, wenn sie glaube, mit ihren Theorien vor Bundesgericht durchzudringen. In diesem Sinne beschied der Gemeindrath von Winkel das Civilstandsamt von Buchs und auch den Gemeindrath von Buchs, welcher, als Behörde des damaligen Wohnortes des Jakob Leder, am 9. Januar 1877 von dem Gemeindrathe Winkel die Ausstellung eines Heimatscheines für das Kind Myrtha verlangt hatte.

D. Durch Schreiben vom 8. Juli 1880 wandte sich Jakob Leder, der inzwischen nach Basel übergesiedelt war, an die Gemeindebehörde Winkel, indem er vorbrachte: Als rechtmäßiger Vater des Kindes Myrtha verlange er, daß dasselbe seinen Namen trage und, wie sich's gehöre, seiner Heimatgemeinde Oberflachs zugetheilt werde; da aber letztere sich fortwährend weigere, das Kind als Bürger anzuerkennen, und er nicht wisse, was er in dieser Sache thun solle, so ersuche er die Gemeindebehörde von Winkel, diese Angelegenheit zu besorgen. Nachdem hierauf letztere sich nochmals vergeblich an den Gemeindrath von Oberflachs um Anerkennung des Kindes Myrtha als Angehörige der dortigen Gemeinde gewandt hatte, trat sie am 10 August 1880 beim Bundesgerichte klagend auf. In ihrer Klageschrift sucht sie, unter Darstellung des Sachverhaltes, den Entscheid des Bundesgerichtes darüber nach, ob nicht die Gemeinde Oberflachs gehalten sei, das Kind Myrtha als dortige Bürgerin anzuerkennen.

E. Die Justizdirektion des Kantons Aargau, welcher die Klage für sich und zu Handen der Gemeinde Oberflachs mitgetheilt worden war, bemerkt in ihrer Klagebeantwortung: Gegen ihre Entscheidung vom 9. November 1876 sei damals von keiner Seite eine Reklamation erhoben worden, so daß sie die Sache als längst erledigt betrachtet habe. Es sei übrigens in dieser Sache der kantonale Instanzenzug nicht erschöpft, da nicht die Justizdirektion sondern der Regierungsrath nach der aargauischen Gesetzgebung die oberste in Sachen kompetente Behörde sei. Dieser habe aber noch nicht gesprochen, woraus sich die eigenthümliche Erscheinung erkläre, daß in einer Bürgerrechtsstreitigkeit eine Regierungsdirektion ins Recht gerufen werde, als ob eine solche die Rechte des Staates vertreten könnte. Die Eingabe von Winkel müsse daher schon aus formellen Gründen vom Bundesgerichte abgewiesen werden. Sollte materiell auf die Sache eingetreten werden, so werde einfach an den Rechtsausführungen und Schlüssen der Entscheidung vom 9. November 1876 festgehalten. Demgemäß werde beantragt: Es sei die Eingabe des Gemeindrathes Winkel abweisend zu bescheiden, bezw. das Bundesgericht wolle den vom Gemeindrathe Winkel nachgesuchten Entscheid in verneinendem Sinne geben. Der Gemeindrath von

Oberflachs seinerseits hält ebenfalls daran fest, daß das Mädchen Myrtha als Kind des Johannes Keller von Winkel zu betrachten sei und somit in der dortigen Gemeinde als heimathörig eingetragen werden müsse, indem er zur Begründung auf die Entscheidung der Justizdirektion vom 9. November 1876 verweist.

F. In ihrer Replik wendet sich die Gemeindebehörde von Winkel zunächst gegen die von der Justizdirektion des Kantons Aargau erhobene formelle Einwendung, indem sie ausführt, daß sie keineswegs die Justizdirektion des Kantons Aargau ins Recht gerufen habe und bemerkt im Weitern: Die aargauische Justizdirektion berufe sich auf gesetzliche Bestimmungen des Kantons Aargau; diese können aber wohl in diesem Falle nicht maßgebend sein, da ja ein eidgenössisches Gesetz über Civilstand und Ehe bestehe, welches dem kantonalen Rechte vorgehe. Es sei widersinnig, den Schneider Johannes Keller, der sich in Holland und anderwärts im Auslande herumtreibe und seit Frühjahr 1874 seine Frau nicht mehr gesehen habe, als den Vater des von letzterer im April 1876 in der Schweiz geborenen Kindes zu erklären. Da die Gemeindebehörde Winkel den Aufenthalt Kellers, der ja vielleicht gar nicht mehr am Leben sei, nicht kenne, so sei es ihr unmöglich, denselben herbeizuschaffen, damit er selbst gemäß § 158 des aargauischen bürgerlichen Gesetzbuches den ehelichen Stand des Kindes anfechte. Daß zur Zeit der Zeugung die Ehe desselben mit der Susanna geb. Leuthold formell noch nicht geschieden gewesen, sei richtig, thatsächlich sei sie aber doch gewiß getrennt gewesen. Es sei ihr unbegreiflich, wie man das Kind dem Jakob Leder von Oberflachs, der sich als Vater desselben bekenne und seine väterlichen Pflichten gegen dasselbe erfüllen wolle, gleichsam entwinden wolle, um es einer Gemeinde aufzubürden, die schon zwei Kinder des Vagabunden Keller zu erhalten habe. Sie wiederhole daher ihr Gesuch, das Bundesgericht wolle das Kind Myrtha dem natürlichen Erzeuger und Vater Jakob Leder, der es ja gerne als sein Kind anerkenne, zusprechen und als heimatberechtigt in der Gemeinde Oberflachs erklären.

G. Mit Zuschriften vom 8. und 10. November 1880 erklären

sowohl der Gemeindrath von Winkel als derjenige von Oberflachs, daß sie auf den Vorstand vor Bundesgericht verzichten, in der Erwartung, dasselbe werde auf Grund der Akten erkennen, was Rechtens.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Da das Rechtsbegehren der Gemeindebehörde von Winkel dahin gerichtet ist, es sei der Gemeindrath von Oberflachs zu verpflichten, das von der Susanna geb. Leuthold geborene Kind Myrtha als heimatberechtigt in der Gemeinde Oberflachs anzuerkennen, so handelt es sich um einen Bürgerrechtsstreit, zu dessen Beurtheilung, da die betheiligten Gemeinden verschiedenen Kantonen angehören, das Bundesgericht gemäß Art. 110 letztem Absatz der Bundesverfassung und Art. 27 letztem Alinea des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege ausschließlich kompetent ist. Die Einwendung, daß die Klägerin mit ihrem Begehren sich zunächst an den Regierungrath des Kantons Aargau hätte wenden sollen, erscheint somit, da letztere Behörde zu rechtsverbindlicher Entscheidung des Streites überall nicht kompetent ist, als unbegründet.

2. Klägerin beruft sich nun zu rechtlicher Begründung der Klage im Allgemeinen auf das Bundesgesetz betreffend Civilstand und Ehe, ohne indeß anzugeben, welche Bestimmungen dieses Gesetzes sie als anwendbar betrachtet; sie kann indeß offenbar nur den in Art. 25 leg. cit. aus Art. 54 der Bundesverfassung reproduzirten Grundsatz im Auge haben, daß durch die nachfolgende Ehe der Eltern vorehelich geborene Kinder derselben legitimirt werden und stellt demnach darauf ab, daß das Kind Myrtha der Susanna geb. Leuthold durch die Ehe der letztern mit J. Leder, der dasselbe als von ihm erzeugt anerkannt habe, legitimirt worden sei und demnach Namen und Bürgerrecht des J. Leder erworben habe.

3. Da nun ein durch nachfolgende Ehe legitimirtes Kind zweifellos das Bürgerrecht des Ehemannes erwirbt, so muß es sich fragen, ob im vorliegenden Falle die Voraussetzungen einer Legitimation durch nachfolgende Ehe erwiesen seien. In dieser Beziehung ist zu bemerken: Von einer Legitimation durch nachfolgende Ehe kann nur dann die Rede sein, wenn die Abstam-

mung des Kindes, für welches die Legimation p. subsequens matrimonium beansprucht wird, von den Eheleuten, insbesondere wenn die Vaterschaft des Ehemannes rechtlich feststeht. Zu Feststellung der letztern genügt nun allerdings in der Regel, vorbehältlich des Gegenbeweises, die Anerkennung derselben durch den Ehemann. Allein dies trifft offenbar dann nicht zu, wenn zu Gunsten des Kindes die Rechtsvermuthung besteht, daß dasselbe ein eheliches Kind der Ehefrau aus früherer Ehe sei, bezw. wenn dasselbe rechtlich als eheliches Kind seiner Mutter mit einem frühern Ehemanne gilt. In diesem Falle kann dem Kinde der kraft rechtlicher Vermuthung ihm gebührende eheliche Stand als Kind aus früherer Ehe nicht durch die bloße Anerkennung der Vaterschaft seitens eines Dritten entzogen und diese Vaterschaft nicht durch eine solche Anerkennung ohne Weiters zur rechtlichen Gewißheit erhoben werden. Vielmehr muß, ehe einer derartigen Anerkennung diese Wirkung zugeschrieben werden kann, vorerst die, im Widerspruche mit derselben stehende, zu Gunsten des Kindes bestehende Präsumtion der Ehelichkeit desselben in rechtsverbindlicher Weise beseitigt sein.

4. Die Bundesgesetzgebung enthält nun darüber, unter welchen Voraussetzungen die Rechtsvermuthung der ehelichen Vaterschaft Platz greife und unter welchen Voraussetzungen und von welchen Personen dieselbe widerlegt bezw. der eheliche Stand des Kindes angefochten werden könne, keine Bestimmungen. Vielmehr ist in dieser Beziehung lediglich das einschlägige kantonale Recht maßgebend. Nun enthalten sowohl die aargauische als die zürcherische Gesetzgebung (§ 157 des aarg. bürgerl. Gesetzbuches; §§ 131 und 132 des zürch. privatrechtl. Gesetzbuches), wesentlich im Anschluß an das gemeine Recht und in Uebereinstimmung mit andern neuern Gesetzgebungen, die Bestimmung, daß Kinder, welche während der Ehe oder während dreihundert Tagen nach Auflösung derselben geboren werden, als ehelich gelten. Demnach muß das von der Susanna geb. Leuthold am 11. April 1876 geborene Kind Myrtha, da es innerhalb dreihundert Tagen, nach Auflösung der Ehe der Mutter mit Johannes Keller, geboren wurde, allerdings insolange als eheliches Kind des letztern gelten, bis die hiefür bestehende Rechtsvermuthung in rechts-

verbindlicher Weise widerlegt ist, und demnach insolange Namen und Bürgerrecht seines präsumtiven Vaters theilen.

5. Fragt sich nun, ob die fragliche Rechtsvermuthung vorliegend in rechtsgültiger Weise beseitigt sei, so muß diese Frage verneinend beantwortet werden. Die Klägerin hat zwar in dieser Richtung ausgeführt, daß Johannes Keller thatsächlich unmöglich der Vater des in Frage stehenden Kindes sein könne, und daß somit der Gegenbeweis gegen die fragliche Rechtsvermuthung vollständig erbracht sei. Allein dem gegenüber ist festzuhalten: Es ist allerdings sowohl gemeinrechtlich als auch für die neuern Kodifikationen bestritten, ob, wie die Beklagte offenbar annimmt, das Recht zur Anfechtung des ehelichen Standes eines während der Ehe oder binnen dreihundert Tagen nach Auflösung derselben geborenen Kindes schlechthin nur dem Ehemanne und bezw. dessen Erben zustehe, oder ob nicht auch andere Betheiligte, namentlich das Kind selbst, hiezu berechtigt seien (vrgl. hierüber Fuchs, die Rechtsvermuthung der ehelichen Vaterschaft, S. 77 u. ff.); es wird insbesondere von mehreren Schriftstellern und Gerichtshöfen die Ansicht vertreten, daß, wenigstens in Fällen wie der vorliegende, wo das Kind zwar binnen dreihundert Tagen, aber später als hundertachtzig Tage nach Auflösung der Ehe geboren wurde, dasselbe also nach der gesetzlichen Vermuthung bezüglich der kürzesten möglichen Dauer der Schwangerschaft nach Auflösung der Ehe erzeugt sein kann und wo es sowohl von seiner Mutter als von einem Dritten als von ihnen erzeugt anerkannt wird und auf Grund dieser Anerkennung durch nachfolgende Ehe legitimirt werden will, das Kind berechtigt sei, seine Abstammung von letztern Personen rechtlich zur Geltung zu bringen und demnach die Rechtsvermuthung für seine Abstammung vom frühern Ehemanne der Mutter zu beseitigen. (Vrgl. Laurent, Principes de droit civil français, Bd. III S. 481 u. ff.; Demolombe, Cours de Code Napoléon, Bd. V S. 112 u. ff. und die dort angeführte Entscheidung des französischen Kassationshofes.) Allein mag man nun diese Fragen so oder anders beantworten, so kann doch jedenfalls davon keine Rede sein, daß über dieselben im gegenwärtigen Verfahren vom Bundesgerichte entschieden werden könne und daß die Gemeinde Winkel berechtigt sei, auf dem

Wege des Bürgerrechtsstreites, in welchem weder das Kind selbst noch der präsumtive Vater desselben Partei sind, die Rechtsvermuthung, welche für die eheliche Abstammung des in Frage stehenden Kindes vom ersten Ehemanne seiner Mutter spricht, zu widerlegen. Vielmehr kann eine daherige Klage offenbar nur bei den zuständigen kantonalen Gerichten und von den nach kantonalem Recht zur Anfechtung Berechtigten angebracht werden.

6. So lange aber ein Urtheil des zuständigen kantonalen Gerichtes, welches die Rechtsvermuthung für die ersteheliche Abstammung des von der Susanna geb. Leuthold geborenen Kindes Myrtha beseitigt, nicht vorliegt, besteht diese Vermuthung zu Recht und es muß demnach, wie bemerkt, insolange das fragliche Kind Namen und Bürgerrecht des Johannes Keller, als seines präsumtiven Vaters, theilen.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Klage wird zur Zeit abgewiesen.

I. ALPHABETISCHES SACHREGISTER

A

Abtretung von Privatrechten s. Expropriation.
Actiones in rem scriptæ Gerichtsstand 197.
Administrativbehörden, Kompetenzen 429 ff.
Administrativstreitigkeiten 53, 66 ff., 289, 426, 606.
Altkatholiken, Mitbenutzung katholischer Kirchengebäude 349 f., 606 f.
Anerkennung des Gerichtsstandes s. Gerichtsstand.
Anerkennung der Vaterschaft 661 ff.
Anerkennungsklagen, Zulässigkeit 325.
Angeschuldigte s. Auslieferung.
Anschlussappellation s. Weiterziehung.
Anwendung der Rechte, örtliche Grenzen 302 ff., 324.
Appellation s. Weiterziehung.
Arbeitslohn, Vorrecht im Eisenbahnkonkurs 125, 132.
Arreste 18, 22 ff., 359, 524, 537 ff.
Aufenthalter, Besteuerung 72 ff.
Aufforderung zur Klage s. Provokation.
Aufhebung von Gewerberechten 111 ff.
Aufrechtstehender Schuldner 18, 525, 539 Erw. 4.
Aufsichtsrecht der obersten Landesbehörde über Unterbehörden 578.
Aufsichtsrecht, staatliches, über Stiftungen s. Stiftungen.
Ausland, Beziehungen s. Staatsverträge.
Ausländer, in der Schweiz domizilirte, Gerichtsstand 360.
Auslieferung, Bundesgesetz 76, 78 f., 206 ff., 212 ff., 552 ff.
» » Auslieferungsbegehren. Ein Recht der Beschädigten, die Stellung eines solchen zu verlangen, besteht nicht 80.
» » Auslieferungsbegehren. Voraussetzungen 80 f.
» » Auslieferungsverbrechen, Begünstigung von solchen 217.

Auslieferung, Bundesgesetz. Auslieferungsverbrechen, Versuch von solchen 209.
» » Auslieferungsverfahren, Verpflichtung, dasselbe einzuleiten 209, 217, 557.
» Staatsverträge. Eigene Angehörige 244 ff.
» » Verjährung 433, 616.
» » wegen im Inlande begangener Hehlerei 435.
» » mit Deutschland 521.
» » mit Frankreich 432 f., 434 f., 616.
» » mit Italien 244 ff.
Authentische Interpretation 654.

B

Bäume, Expropriation von 255.
Baubeschränkungen s. Eigenthumsbeschränkungen.
Bauunternehmer, Vorrecht für Kaution 136 ff., 145 ff.
Beamte, kantonale, Entschädigungsanspruch bei vorzeitiger Entlassung 156 ff.
» » Verantwortlichkeit gegenüber dem Staate 43 ff.
Begünstigung, Auslieferung wegen 217.
Berichtigung bundesgerichtlicher Urtheile 35, 255.
Beschlag s. Arrest.
Beschädigung von Grundeigenthum, Klassifikation daheriger Ansprüche im Eisenbahnkonkurs 130.
Beschränkungen des Eigenthums s. Eigenthumsbeschränkungen.
Beschwerde s. Rekurs.
Beschwerdefrist s. Fristen.
Besteuerungsrecht der Gemeinden 289.
» der Religions-Genossenschaften 488, 498.
S. im Uebrigen Doppelbesteuerung, Kultussteuern und Steuern.
Bewegliches Vermögen, Besteuerung s. Doppelbesteuerung.
Bürgergemeinde, Besteuerungsrecht 178.
Bürgerrecht, schweizerisches, Verzicht auf dasselbe 85 ff., 220 ff.
» » Verzicht auf dasselbe für Handlungsunfähige 85 ff.
Bürgerrechtsstreitigkeiten zwischen Gemeinden verschiedener Kantone 656 ff.

Bundesgericht, Kompetenz. Staatsrechtliche Streitigkeiten im Allgemeinen 52 f., 66 ff., 239 f., 289 ff., 323 ff., 358, 387, 419, 512, 563.
» » Bundesgesetze 80, 544 ff., 552.
» » Doppelbesteuerung 348, 488.
» » Streitigkeiten staatsrechtlicher Natur zwischen Kantonen 73 ff., 76 f., 381, 563.
» » Verfassungsverletzungen.
a. Bundesverfassung 66 f., 358, 381, 498, 584 ff., 606.
b. Kantonsverfassungen 239 ff., 419, 480, 584.
» » Civilstreitigkeiten als einzige Instanz 43 ff., 59 ff., 225 ff., 289 ff., 314 ff., 465, 474.
» » Entscheid über die Kompetenz 314.
» » Civilstreitigkeiten als Oberinstanz 152 ff., 256 ff., 267 ff., 314 ff., 459 ff., 543.
» » Ehescheidungen 150 f., 463, 543.
» » Expropriationen 549 f.
Bundesgesetz betreffend Abtretung von Privatrechten 114 ff., 117 ff., 247 ff., 437 ff., 441 ff., 545 ff., 618 ff.
» » Arbeit in den Fabriken 267 ff., 629 ff.
» » Auslieferung von Verbrechern 76, 78 f., 206 f., 212 f., 552 ff.
» » Bau und Betrieb von Eisenbahnen 550.
» über Civilstand und Ehe 148 f., 274 f., 459 f., 637 ff.
» » Haftpflicht der Eisenbahnen u. s. w. bei Tödtungen und Verletzungen 152 ff., 256 ff., 449 ff., 621 ff.
» » Organisation der Bundesrechtspflege 206, 383 f., 541 f.
» » Schweizerbürgerrecht 82 ff., 220 ff.
» » Strafrechtspflege bei den eidg. Truppen 3 ff.
» » Verfahren vor dem Bundesgerichte in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten 253 ff.

Bundesgesetz über Verpfändung und Zwangsliquidation der Eisenbahnen 122 ff., 126 ff., 129 ff., 131 ff., 133 ff., 141 ff., 446 ff.
Bundesrath und Bundesversammlung, Kompetenzen 66 f., 205, 549 f., 584, 606.
Bussverhaft 375.

C

Civilprozesssachen s. Justizsachen.
Civilrechtliche Verhältnisse der Niedergelassenen s. Niedergelassene.
Civilstreitigkeiten zwischen Kantonen und Privaten oder Korporationen 36 ff., 56 ff., 156 ff., 225 ff., 285 ff., 290 ff., 310 ff., 464 ff., 467 ff., 472 ff., 642 ff.
» vor Bundesgericht als forum prorogatum 315 ff.
Civilurtheile s. Rechtskraft und Vollziehung, Erläuterung und Berichtigung.
S. im Uebrigen unter K.

D

Darlehen, verzinsliche, vorzeitige Kündigung 306 f.
Deutschland, Auslieferungsvertrag mit 521.
Domizil s. Wohnsitz.
Doppelbesteuerung, Kompetenz des Bundesgerichtes 348, 483.
» unzulässige 176 f., 339 f.
» Besteuerung des beweglichen Vermögens 69 f., 176 f., 339 ff.
» Grundsteuer, rechtliche Natur 345, Erw. 2.
» Grundversicherte Forderungen gehören zum beweglichen Vermögen 348, Erw. 3.
» Ausmittlung des steuerpflichtigen Vermögens 483.
» Rückforderung doppelt bezahlter Steuern 348.
Doppelehe 284.

E

Ehe, Recht zur 281.
Ehelichkeit, Präsumtion für dieselbe 661 ff.
Ehenichtigkeit 284.

Ehescheidung, Nebenfolgen derselben, Weiterziehung diessfälliger kantonaler Urtheilsdispositive an das Bundesgericht 150, 463, Erw. 3.
Ehescheidungsgründe. Tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses 413, 641.
Ehescheidungsklagen von Ausländern 543 ff.
Eheverkommnisse 407.
Ehrverletzung s. Injurie.
Eidgenössische Gesetze s. Bundesgesetze.
Eigenthum. Inhalt 597.
» » an öffentlichen Kirchengebäuden 606 f.
Eigenthumsbeschränkungen, gesetzliche 597 ff.
Eigenthumsgarantie, verfassungsmässige, Bedeutung bei Aenderungen der Gesetzgebung 97, Erw. 2; 111 ff.
» Verletzung, behauptete 97, 111 ff., 597 ff., 606 ff., 615.
Einrede der Inkompetenz 314.
Einsprachen im Konkurs. Gerichtsstand 200.
Einwerfung von Vorempfängen, Klage auf. Gerichtsstand 398 ff.
Eisenbahnen, Haftpflicht für Tödtungen und Verletzungen s. unten Haftpflicht.
» Verpfändung und Zwangsliquidation s. unten Verpfändung und Zwangsliquidation.
Eisenbahnkonzessionen, rechtliche Natur 52.
Enteignung s. Expropriation.
Erbstreitigkeiten, konkordatsmässiger Gerichtsstand 397 f., 405 ff.
» Erbschaftsklagen 398, 405, Erw. 2.
» Erbtheilungsklagen 398 ff., 406, Erw. 3.
Erläuterung bundesgerichtlicher Urtheile 35, 255.
Expertengutachten, Würdigung 250.
Expropriation, Anwendbarkeit des Bundesgesetzes über 549 ff.
» Begriff 111.
» nach Bundesgesetz:
» Kompetenz des Bundesgerichtes 549 ff.
» Anmeldung von Ansprachen; Folgen der Unterlassung 116 ff.
» Ausmittlung der Entschädigung 250 f., 440 f.
» Kosten der bundesgerichtlichen Instruction 253.
» Instructionsantrag schliesst das Vorverfahren 440.
» Nichtberücksichtigung des Affektionsinteresses 619.

F

Fabriken, Bundesgesetz über die Arbeit in den, s. unten Haftpflicht.

Feststellungsklagen, Zulässigkeit 325.
Fiskus als Privatrechtssubjekt 289, 302.
Folgen der Ehescheidung s. Ehescheidung.
Forum s. Gerichtsstand.
Frankreich, Auslieferungsvertrag vom 9. Juli 1869 432, 434, 616.
» Vertrag über den Gerichtsstand u. s. w. vom 15. Juni 1869 190 ff.
Frist zur Anmeldung von Ansprachen im Expropriationsverfahren 116 ff.
» zu Stellung von Aktenvervollständigungsbegehren 440 ff.
» zum Rekurse an's Bundesgericht in staatsrechtlichen Streitigkeiten 3, 97, 177, 203, 282, 488, 594.
» zur Weiterziehung an das Bundesgericht in Civilsachen 635.

G

Gehalt, Vorrecht im Eisenbahnkonkurs 125.
Geisteskranke, Besteuerung 73.
Geltstager s. Konkursiten.
Gemeinden, Autonomie derselben 608.
» Reglemente derselben sind keine Gesetze 598 ff.
Gerichte, Kompetenz s. Justizsachen.
Gerichtsbarkeit, militärische 5 ff.
Gerichtsstand. Ausländer s. Ausländer.
» Anerkennung, in Strafsachen 219, 520, 521, 555, Erw. 1.
» der belegenen Sache 91, 192 f., 367 litt. *b*, 368 ff., 526 ff.
» in Erbstreitigkeiten 389 ff., 400 ff.
» in Konkurssachen 198 f.
» des Konkurses 87 ff., 568 ff.
» prorogirter 9 ff., 18, 367, 408, 536.
» der Provokation 530, 536.
» verfassungsmässiger 29, 208, 219, 232, 516 ff., 524, 530.
» des Vergehens 11 ff., 15 ff., 76.

Gerichtsstand der Widerklage 535.
» des Wohnortes 35, 179 f., 186 f., 190 f., 359 f., 361 f., 376, 405 ff., 524 ff., 537 f.
» des Wohnortes, mehrfachen 568.
» » gewählten 9 ff., 18.
» Staatsverträge 190.
Geschäftsniederlassung s. Wohnsitz des Geschäftes.
Gesetze, kantonale, Anwendung und Auslegung derselben s. Kantonsgesetze.
Gesetzgebende Gewalt, Eingriff in deren Befugnisse 413 ff., 580, Erw. 2, 584 ff.
Gewaltentrennung s. Trennung der Gewalten.
Gewerbefreiheit 584 ff.
Gewerberechte, Aufhebung im Wege der Gesetzgebung 111 ff.
Glaubens- und Gewissensfreiheit 349 ff., 490 ff., 606.
S. auch Kultussteuern.
Gleichheit vor dem Gesetz 29, 168 ff., 172 ff., 336 ff., 477 ff.
Gleichstellung der Schweizerbürger mit den Kantonsbürgern im Verfahren 201 ff.

H

Haftpflicht der Eisenbahnen bei Tödtungen und Verletzungen 152 ff., 256 ff., 449 ff., 621 ff.
» » Konkurrirendes Verschulden des Verletzten 154, 457.
» » Was heisst: «beim Betrieb?» 454, Erw. 1.
» » Verantwortlichkeit der Transportanstalt für ihre Angestellten 454 ff
» » Wann ist der Klageschlusz überschritten, wenn angesichts einer Kapitalforderung auf Rente erkannt wird? 154 ff., 261 ff., 624 ff.
» » Rechtliche Natur des Ersatzanspruches 263.
» » Umfang des Ersatzanspruches, Heilungskosten 263, 627, Erw. 4.
» » Umfang des Ersatzanspruches., Schmerzengeld 264.
» » Umfang des Ersatzanspruches, Beweislast 627 f.

Haftpflicht der Eisenbahnen u. s. w. Rektifikation des Urtheils kann nur zu Gunsten des Verletzten vorbehalten werden 265 f.
Haftpflicht des Fabrikherrn bei Tödtung oder Verletzung von Arbeitern 267 ff., 629 ff.
» » Selbstverschulden des Verletzten 270.
» » Für die Schadensermittelung sind die Bestimmungen des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes analog anwendbar 271 ff., 635 ff.
» » Kausalzusammenhang zwischen Verletzung und Schaden 273.
» » Richterlicher Zinsenzuspruch 274.
Handelsniederlassung, Gerichtsstand, Konkurs 569, Erw. 2.
Hypothek s. Pfandrecht.

I

Immobiliarklagen, persönliche, Gerichtsstand 367.
Individuelle Rechte, verfassungsmässig gewährleistete 419.
Injurien, Gerichtsstand 14, 15.
Instanzenzug bei Beschwerden über Verletzung von Bundesverfassung und Bundesgesetzen 556, Erw. 3, 358 ff.
» bei Beschwerden über Verletzung von Kantonsverfassungen 419 ff., 584 ff.
Interkantonales Komité der Nationalbahngemeinden, Kaution 448 ff
Intervention, accessorische 279 ff.
Italien, Auslieferungsvertrag mit, 244 ff.

J

Juristische Personen, Grundsätze 59 f., 228.
» » Gerichte sind keine juristischen Personen 232, Erw. 1.
Justitzaufsichtsbehörde, Kompetenzen 232 ff., 412.
Justizsachen 44 ff., 53 ff., 239 f., 289, 426 f., 429 f., 642 ff.
Justizverweigerung s. Rechtsverweigerung.

K

Kantonalsouverainetät in Kirchensachen 499, Erw. 3.
Kantone, Civilansprachen derselben und an dieselben s. Civilstreitigkeiten zwischen Kantonen und Privaten.

Kantonalbanken, rechtliche Natur 59 ff., 228.
Kantonalgesetze, Auslegung und Anwendung 28, 167, 331, Erw. 3, 411, 480, 488, 578 ff.
Kantonalverfassungen, Verletzung.
» Aargau 520 ff., 614 ff.
» Appenzell A.-Rh. 413 ff.
» Appenzell I.-Rh. 230 ff., 412 ff.
» Bern 98 ff., 281 ff., 420 ff., 597 ff., 606 ff.
» Freiburg 375 ff.
» Genf 337 ff.
» Graubünden 488 ff., 578 ff.
» Luzern 235 ff., 499.
» Neuenburg 92 ff.
» St. Gallen 62 ff., 584.
» Solothurn 477 ff.
» Zug 29 ff.
Kausalzusammenhang zwischen Verletzung und Schaden bei Körperverletzungen 273.
Kautionspflicht der Nichtkantonseinwohner für Prozesskosten 203 ff.
Kinder, voreheliche s. Legitimation.
Kirchgemeinden, Besteuerungsrecht derselben ist durch die Bundesverfassung nicht garantirt 498 ff.
» Eigenthum am Kirchenvermögen 606 ff.
Kirchengebäude, katholische, Mitbenutzung derselben durch Altkatholiken 349 ff., 606 ff.
Klageschlusz, Ueberschreitung 154 ff., 261 ff., 624 ff.
Kollation von Vorempfängen, Klage auf 398 ff.
Kompetenz s. Bundesgericht und Bundesrath
Konkordate, betreffend Konkurs 87 ff., 559 ff., 564 ff.
» Testirungsfähigkeit u. Erbrechtsverhältnisse 389 ff., 400 ff.
» Viehhauptmängel 224.
Konkurs, Feststellung der Aktiv- und Passivmasze 29, 200.
» Gerichtsstand s. Gerichtsstand.
» Vorrechte im, s. Zwangsliquidation.
Konkursiten, Beschränkungen der Rechtsfähigkeit 29, 481 f.
» ungleiche Behandlung im Strafrecht 175.
Konversion öffentlicher Anleihen 306 ff.
Konzession s. Eisenbahnkonzession und Wirthschaftskonzession.

Kostenauflage bei Beschwerden wegen Verfassungsverletzung 240.
Kultussteuern 1 ff. 490 ff. 500 ff.

L

Legitimation vorehelicher Kinder durch nachfolgende Ehe der Eltern, Voraussetzungen 661.
» zum Rekurse s. Rekurs.
Liquidation von Eisenbahnen s. Zwangsliquidation.
Lohn s. Arbeitslohn.

M

Massaverwalter im Eisenbahnkonkurs, Befugnisse s. Zwangsliquidation.
Militärgerichtsbarkeit 5 ff.
Militärstrafgesetz, eidgenössisches, Anwendbarkeit 433.
Mobilien, Besteuerung s. Doppelbesteuerung.

N

Nebenintervention 279 ff.
Niedergelassene, civilrechtliche Verhältnisse 204, 389 ff., 400 ff.
» Gleichstellung im Verfahren 201.
Niederlassungsbewilligung, polizeiliche, Bedeutung für Wohnsitzerwerb 184.
Nova in der bundesgerichtlichen Instanz 640 Erw. 1.

O

Oberaufsichtsrecht des Staates über Stiftungen 614 ff.
» der obersten Landesbehörde 578 ff.
Oeffentliche Leistungen 426.
Ordnungsbussen, Befugniss der Verwaltungsbehörden zu Auflegung von 429.
» Verwandlung in Haft 375 ff.

P

Pfandrecht, richterliches, Geltenmachung nach ausgebrochenem Konkurs des Schuldners 90 ff.
Pfandschuld, Gerichtsstand 197, 371, 531.
Pflichtenheft für Eisenbahnbauten, rechtliche Natur 145 Erw. 2.
Pflichttheilsergänzungsklage 399.
Pflichtwidrige Schenkung, Anfechtung, Gerichtsstand 406 ff.

Präjudizialklagen 325.
Privatrechte, wohlerworbene s. Eigenthumsgarantie.
Privatrechtliche Streitigkeiten s. unter Justizsachen.
Privilegien, Ansprüche aus 54.
Prorogation des Gerichtsstandes s. Gerichtsstand.
Provokation zur Klage 530, 536.
Prozesszinsen 274.

Q

Querela inofficiosæ donationis 406 ff.
Quorum bei Abstimmungen, Zulässigkeit 336 ff.

R

Reallasten, Gerichtsstand 197.
Rechtsansprüche von und an Kantonen s. Civilstreitigkeiten zwischen Kantonen und Privaten.
Rechtsgleichheit s. Gleichheit.
Rechtskraft von Civilurtheilen 283.
Rechtsöffnung, Entscheid darüber ist kein Urtheil 366 Erw. 2.
Rechtsverweigerung 15 f., 168 ff., 330 f., 578 ff.
Rekurs, in staatsrechtlichen Sachen.
» » » statthafter 43 Erw. 1, 366, 396 Erw. 1, 480, 544, 584, 594 ff.
» » » unstatthafter 52 ff., 224, 323 Erw. 1, 381, 387.
» » » verfrühter 358, 563.
» » » verspäteter 3, 282 ff., 480 Erw. 1.
» » » Legitimation zum, aktive 232 Erw. 1.
» » » Legitim. zum, passive 594 f.
Rekursfristen s. Fristen.
Retorsion 204.
Reziprozität 204.
Religionsgenossenschaften.
» Anstände betreffend Trennung und Neubildung 349 ff., 606.
» Besteuerungsrecht 498 ff.
Richterliche Gewalt, Eingriffe in dieselbe 230 ff., 375, 420 ff., Erw. 2, 580.

S

Sache, belegene s. Gerichtsstand.
Schadenersatzansprüche der Beamten bei vorzeitigen Entlassung s. Beamte.
» des Staates an Beamte s. Beamte.
Scheidung s. Ehescheidung.
Schiedsgerichte, sind nicht befugt, über ihre eigene Kompetenz rechtskräftig zu entscheiden 325 ff.
» gegen Urtheile solcher ist staatsrechtlicher Rekurs nicht statthaft 323 ff., 387 ff.
Schiedsvertrag, Gültigkeit, Voraussetzungen 325.
Schulbedürfnisse, Beitragspflicht des Staates an, nach glarnerischem Rechte 642 ff.
Schuldentrieb, Einleitung desselben bewirkt Streithängigkeit 188.
Schuldner, aufrechtstehender s. Aufrechtstehender Schuldner.
Schuldverhaft 29, 375.
Schulen, konfessionelle 66 ff.
Schweizerbürger, Gleichstellung im Verfahren 201 ff.
Schweizerbürgerrecht, Verzicht auf dasselbe 85 ff., 220 ff.
Selbstverschulden s. Haftpflicht der Eisenbahnen und der Fabrikherren.
Simultangebrauch von Kirchengebäuden 349 ff., 599 ff.
Staat, Eingriffe in wohlerworbene Privatrechte s. Eigenthumsgarantie.
Staatsangestellte s. Beamte.
Staatsanleihen 309 ff.
Staatsrechtliche Streitigkeiten zwischen Kantonen s. unter Bundesgericht.
Staatsverträge mit dem Auslande s. Auslieferung sowie Frankreich, Deutschland und Italien.
Steuerbussen, Befugniss der Administrativbehörden zu deren Auflegung 426 ff.
Steuerforderungen, Gerichtsstand 184.
Steuerprivilegien der Eisenbahnen 54.
Steuerstreitigkeiten, rechtliche Natur 53 ff., 289, 426 ff.
Steuern, zu Kultuszwecken s. Kultussteuern.
» s. ferner Doppelbesteuerung.
Stiftungen, gemischte 611 ff.
» Verwaltung, Oberaufsicht des Staates 611 ff.

Strafgerichtsbarkeit, militärische 5 ff.
Strafrichter, Urtheil über den Civilpunkt, Weiterziehung 314 ff.
Strafsachen, verfassungsmässiger Gerichtsstand in 208, 219, 516 f.
Strafurtheile, kantonale, Vollziehung 31.
Strafverjährung 433, 616.
Streithängigkeit, Voraussetzungen 188.
Streitwerth, Ausmittlung 47.
» als Voraussetzung der bundesgerichtliche Kompetenz 465 ff., 474 ff.

T

Testirungsfähigkeit und Erbrechtsverhältnisse, Konkordat betreffend 389 ff., 400 ff.
Thatbestand, durch die kantonalen Gerichte festgestellter 272, 640 ff.
Tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses s. Ehescheidung.
Trennung der Gewalten 239 ff., 375, 426 ff., 580, 584.
» von Religionsgenossenschaften, Anstände betreffend 349 ff., 606.

U

Uebergriffe kantonaler Behörden s. Trennung der Gewalten sowie gesetzgebende, richterliche und vollziehende Gewalt.
Ultra petita s. Klageschluss, Ueberschreitung.
Uneheliche, Legitimation s. Legitimation.
Unverletzlichkeit des Eigenthums s. Eigenthumsgarantie.
Urtheile s. Rechtskraft und Vollziehung, Strafurtheile und Weiterziehung.

V

Vaterschaft, Anerkennung, Voraussetzungen 661 Erw. 3.
» eheliche, Rechtsvermuthung für dieselbe 661 Erw. 4.
» » » » » Anfechtung 661 Erw. 5.
Verantwortlichkeitsprozess gegen Kantonalbeamte 43 ff.
Verbrecher, Auslieferung s. Auslieferung.
Verfassungsmässiger Gerichtsstand s. Gerichtsstand.
Verhaftung, ungesetzliche, verfassungsmässige Garantie gegen, Bedeutung 239 ff.
Vermögen, bewegliches, Besteuerung s. Doppelbesteuerung.

Verpfändung und Zwangsliquidation von Eisenbahnen s. Zwangsliquidation.
Verspätung von Einreden 314.
Versuch bei Auslieferungsverbrechen 209.
Verträge mit dem Auslande s. Staatsverträge.
Vertraglicher Gerichtsstand s. Gerichtsstand.
Vertragsdomizil s. Wohnsitz, vertraglicher.
Verwaltungsstreitigkeiten s. Administrativstreitigkeiten.
Verzicht auf das Schweizerbürgerrecht s. Schweizerbürgerrecht.
» » den natürlichen Richter s. Gerichtsstand, Anerkennung und prorogirter.
Viehhauptmängel, Konkordat 224.
Vollziehung kantonaler Urtheile 31, 36, 366 Erw. 2, 381.
Vollziehende Gewalt, Eingriff in dieselbe 412.
Vorempfänge, Klage auf Einwerfung 398 f.
Vorzugsrechte s. Zwangsliquidation.

W

Wahrheitsbeweis im Ehrverletzungsprozess 168 ff.
Weiterziehung kantonaler Civilurtheile an das Bundesgericht.
» » bezüglich der Nebenfolgen der Ehescheidung 150 ff., 463.
» » Anschluss an die Weiterziehung ist statthaft 156.
» » ist unstatthaft in Prozessen zwischen Kantonen u. Privaten, wenn es sich nicht um Anwendung eines Bundesgesetzes handelt 314.
» » wenn die Partei von den kantonalen Gerichten vom Prozesse ausgeschlossen worden ist 459 ff.
» » ist unstatthaft gegen Entscheide über prozesshindernde Einreden 543 ff.
» » eventuell erklärte 632 Erw. 1.
Widerklage s. Gerichtsstand.
Wirthschaftskonzessionen, bernische, Aufhebung 98 ff.
Wohlerworbene Rechte, Eingriff des Staates in solche, s. Eigenthumsgarantie.
Wohnsitz, Begründung 184 ff.
» des Geschäfts 18, 569 Erw. 2.

Wohnsitz, fester 366 f.
» Gerichtsstand s. Gerichtsstand.
» mehrfacher 568 Erw. 1.
» vertraglicher 9 ff., 18.
» Aenderung.
a. Voraussetzungen 184 ff., 190 ff.
b. Einfluss auf den Gerichtsstand 36, 185, 187, 190.

Z

Zahlungsunfähigkeit s. unter Aufrechtstehender Schuldner.
Zwangsliquidation von Eisenbahnen.
» Verfügungsbefugniss des Massaverwalters über Massaaktiven 126 ff.
» Vorzugsrecht des Arbeitslohnes 122 ff. 131 ff.
» » » Gehaltes 122 ff.
» » der Kaution des Bauunternehmers 133 ff., 141 ff.
» Lokation von Entschädigungsansprüchen für Landbeschädigung 129 f.
» Kaution des interkantonalen Komités der Nationalbahngemeinden 446 ff.

II. GESETZESREGISTER

I. Bundesverfassung.

Art. 3	Seite 499.
» 4	29. 168 ff. 172 ff. 336 ff. 411 Erw. 2. 481 ff.
» 27 Lemma 2 und 3	62 ff.
» 43	205.
» 46 Lemma 1	204.
» 46 Lemma 2	73 ff. 178. 345 ff. 484. 489.
» 49 Lemma 1	606.
» 49 Lemma 4	62 ff.
» 49 Lemma 6	499. 504 ff. 606.
» 50 Lemma 1	606.
» 50 Lemma 3	358. 606.
» 54 Lemma 1 und 2	281 ff.
» 55	168 ff. 512 ff.
» 58 Lemma 1	29. 208 Erw. 1. 219. 520 f. 524 Erw. 1.
» 59 Lemma 1	9 ff. 14. 15. 18 f. 22 f. 35. 184 ff. 187 ff. 197. 200. 360 ff. 366 ff. 371 ff. 376. 524 ff. 530 ff. 535 ff. 539 ff.
» 59 Lemma 3	29. 376.
» 60	203 f.
» 61	31. 36. 366 Erw. 2. 381 ff.
» 67	557.
» 110 Ziff. 4	43 ff. 466.
» 110 Lemma 2	660.
» 111	466.
» 113 Ziff. 3	480. 488. 498.
Uebergangsbestimmungen.	
» 2 und 4	67.

II. Bundesgesetze.

Bundesgesetz betreffend die Verbindlichkeit zu Abtretung von Privatrechten.

Art.	1	Seite 549 f.
»	3	444 ff. 619.
»	7	619.
»	11	120 f.
»	12 Abs. 2	116.
»	14	120.
»	35	250.
»	48	253.

Bundesgesetz über das Verfahren vor dem Bundesgerichte in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 22. November 1850.

Art.	24	Seite 162.
»	92—95	314.
»	128	250.
»	197	35. 255.
»	173 Ziff. 2	440.
»	174	440.

Bundesgesetz über die Strafrechtspflege für die eidgenössischen Truppen vom 27. August 1851.

Art.	1 litt. *a*	Seite 5. 433.
»	39 litt. *b*	433.

Bundesgesetz über Auslieferung von Verbrechern und Angeschuldigten vom 24. Juli 1852.

Art.	1	Seite 80.
»	1. 8. 9	210 ff. 217 ff. 556 ff.
»	2	76. 209. 217 ff. 556.

Bundesgesetz über Bau und Betrieb von Eisenbahnen vom 23. Dezember 1872.

Art.	12	Seite 350.

Bundesgesetz über die Verpfändung und Zwangsliquidation der Eisenbahnen auf dem Gebiet der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 24. Juni 1874.

Art.	37	Seite 128.
»	38 Ziff. 1	130.
»	38 Ziff. 3	125. 132.
»	38 Ziff. 4	136 ff. 145 ff.

Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 27. Juni 1874.

Art.	27	Seite 381.
»	27 Ziff. 4	43 ff. 59 ff. 228 ff. 289 ff. 302. 314 ff. 466. 474 f. 651.
»	27 Lemma 2	660.
»	28 litt. *a*	549 ff.
»	29	315. 459 f. 543.
»	30	154. 272. 280. 460. 544. 632 Erw. 1. 640 ff.
»	31	315.
»	57	69 ff. 74 ff. 381. 562 Erw. 1.
»	59 Lemma 1	3. 52. 96. 177. 203. 232. 282 Erw. 3. 323, 330. 387. 480. 500. 595 ff.
»	59 Lemma 1 litt. *a*	43. 80. 239. 366. 411. 419. 488. 498. 512. 538. 544. 605.
»	59 Lemma 1 litt. *b*	224. 397. 563.
»	59 Lemma 2 Ziff. 2 u. 6	68.
»	59 Lemma 2 Ziff. 6	358. 606.
»	59 Lemma 2 Ziff. 3	584.
»	61	594 Erw. 1.

Bundesgesetz betreffend Feststellung und Beurkundung des Civilstandes und die Ehe vom 24. Dezember 1874.

Art.	25	Seite 660 ff.
»	28 Ziff. 1 und Art. 51	284.
»	47	463. 641.
»	49	150 f. 463.
»	43 und 56	544.

Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht der Eisenbahnen und Dampfschiffunternehmungen bei Tödtungen und Verletzungen vom 1. Heumonat 1875.

Art.	2	Seite 454 ff.
»	5	264.
»	6 Abs. 2	265.
»	7	265.
»	11	155. 262 Erw. 4. 457. 626 Erw. 3.

Bundesgesetz betreffend die Ertheilung des Schweizerbürgerrechtes und den Verzicht auf dasselbe vom 3. Juli 1876.
Art. 6 Seite 85 ff. 222.
Bundesgesetz betreffend die Arbeit in den Fabriken vom 23. März 1877.
Art. 5 Seite 269 ff. 634 ff.

III. Konkordate.

Konkordat betreffend Konkursrecht in Fallimentsfällen und Effekten eines Falliten in Kreditorshänden vom 8. Juli 1818 (resp. 15. Juni 1804 und 7. Juni 1810).
Seite 87 ff. 559 ff. 564 ff.
Konkordat betreffend Testirungsfähigkeit und Erbrechtsverhältnisse vom 15. Juli 1822.
Art. 3 Seite 398 ff. 405 ff.
Konkordat betreffend Bestimmung und Gewähr von Viehhauptmängeln vom 5. August 1852.
Seite 224.

IV. Staatsverträge.

Auslieferungsvertrag mit Italien vom 22. Juli 1868.
Art. 5 al. 1 und Art. 9 Seite 244 ff.
Vertrag mit Frankreich über den Gerichtsstand etc. vom 15. Juni 1869.
Art. 1 und 6 Seite 190 Erw. 1.
Auslieferungsvertrag mit Frankreich vom 9. Juli 1869.
Art. 9 Seite 433. 617.
» 1 435.
Auslieferungsvertrag mit Deutschland vom 24. Jenner 1874.
Art. 2 Abs. 2 Seite 521 Erw. 2.

III. PERSONENREGISTER

A) Staatsrechtliche Entscheidungen.

Aadorf. Leikasse c. Zehnder 368
Aargau c. Bollag 516
» c. Frey 82
» c. Wegenstetten-Hellikon 349
» c. Weissenbach'sche Familienstiftung 611
Ackermann c. Ackermann 400
Appenzell A./Rh. c. Niederer 413
» I./Rh. c. Dörig 409
» » c. Oberegg und Konsorten 230

Baselland c. Graber 192
» c. Kinck 3
Bär c. Meyenberg 526
Bern c. Fähndrich 212
» c. Hauser 339
» c. Huber 17
» c. Neuenburg 74
» c. Erbschaft Niklaus 420
» c. Pruntrut 599
» c. Schindler und Genossen 98
Berger-Delley c. Matran 500
Bertrand c. Wallis 506
Biel c. Verdan 586
Bloch c. Jenny 532
Bollag c. Aargau 516
Bossard c. Luzern 31
» c. Zug 24
Brienz c. Hauser 545
Bütikofer c. Solothurn 6

Cornu c. Waadt 15
de la Corbière c. Grenier 383

Deutsch c. Nef 361
Dörig c. Appenzell I./Rh. 409

Fähndrich c. Bern 212
Frankreich c. Maunier 616
» c. Roubaud 432
» c. Verdel 434
Frei c. Aargau 82
Freiburg und Maules c. Neuenburg 377
» c. Renaud 20
» c. Spycher 559
» c. Witschy 372

St. Gallen c. St. Gallen, Bankkommission 36
» c. » katholische Schulgenossen . . . 62
» c. Speicher Fallimentsbehörde 87
» c. Stocker 581
» c. Thurgau 69
» Bankkommission c. St. Gallen 36
» Kantonalbank c. Züblin und Högger 225
» katholische Schulgenossen c. St. Gallen . . . 62
Genf c. Regnier und consorts 332
Graubünden c. Gredig 56
» und Lanz c. Stalla 485
» und Sutter c. Lendi 571
Gredig c. Graubünden 56
Grenier c. de la Corbière 383
Guggenbühl, Masse c. Luzern 564

Hauser c. Bern 339
» c. Brienz 545
Henziross c. Pury 224
Herisau c. Hohl 179
Hohl c. Herisau 179
Högger und Züblin c. St. Gallen 225
Huber c. Bern 17
Hug c. Prell 537

Jäger c. Thurgau 201
Jäggi c. Solothurn 171

Jäggi c. Solothurn 477
Jenny c. Bloch 532

Italien c. Tafani 242

Keller c. Schaffhausen 206
Kinck c. Baselland 3
Kurr c. Kurr 541

Lanz und Graubünden c. Stalla 485
Lendi c. Graubünden und Sutter 571
Lüthi und Cons. c. Schmid 198
Lutiger c. Villiger 327
Luzern c. Bossard 31
» c. Guggenbühl, Masse 564
» und Merian c. Luzern reformirte Kirchgemeinde . 490
» c. Scheidegger 482
» c. Winiger 235
» reformirte Kirchgemeinde c. Luzern und Merian . 490

Mariotta und Simmen c. Tessin 163
Matran c. Berger-Delley 500
Maules und Freiburg c. Neuenburg 377
Maunier c. Frankreich 616
Merian und Luzern c. Luzern reformirte Kirchgemeinde . 490
Meyenberg c. Bär 526
Meyer c. Schippke 359
Moser und Cons. c. Zürich 1
Müller c. Rämpfler 186
Munzinger Brüder c. Munzinger Schwestern 389

Nef c. Deutsch 361
Neuenburg c. Bern 74
» c. Maules und Freiburg 377
» c. Trouvot 189
» c. Union Versicherungsgesellschaft und Cons . 92
Niederer c. Appenzell A./Rh. 413
Niklaus Erbschaft c. Bern 420

Oberegg Bezirksgericht und Cons. c. Appenzell I./Rh . . 230

Prell c. Hug 537
Pruntrut c. Bern 599
Pury c. Henziross 224

Rämpfler c. Müller 186
Regnier und cons. c. Genf 332
Renaud c. Freiburg 20
Röllin c. Zug 220
Roubaud c. Frankreich 432

Schaffhausen c. Keller 206
Scheidegger c. Luzern 482
Schindler und Genossen c. Bern 98
Schippke c. Meyer 359
Schmid c. Lüthi und Cons. 198
Simmen und Mariotta c. Tessin 163
Simplonbahn c. Wallis 48
Socchi c. Stabio 176
Solothurn c. Bütikofer 6
» c. Jäggi 171
» » » 477
» c. Wüthrich 78
Speicher, Fallimentskommission c. St. Gallen 87
Spycher, Masse c. Freiburg 559
Stabio c. Socchi 176
Stalla c. Lanz und Graubünden 485
Stocker c. St. Gallen 581
Sulzer c. Waadt 552
Sutter und Graubünden c. Lendi 571

Tafani c. Italien 242
Tessin c. Simmen und Mariotta 163
Thurgau c. St. Gallen 69
» c. Jäger 201
Trachsel c. Zürich 11
Trouvot c. Neuenburg 189

Union Versicherungsgesellschaft und Cons. c. Neuenburg . 92

Verdan c. Biel 586

Verdel c. Frankreich 434
Villiger c. Lutiger 327

Waadt c. Cornu 15
» c. Sulzer 552
Wallis c. Bertrand 506
» c. Simplonbahn 48
Weggenstetten-Hellikon c. Aargau 349
Weissenbach'sche Familienstiftung c. Aargau 611
Willisau c. Wysz 522
Winiger c. Luzern 235
Witschy c. Freiburg 372
Wüthrich c. Solothurn 78
Wyss c. Willisau 522

Zehnder c. Leihkasse Aadorf 368
Züblin und Högger c. St. Gallen, Kantonalbank 225
Zürich c. Moser 1
» c. Trachsel 11
Zug c. Bossard 24
» c. Röllin 220

B) Civilrechtliche Entscheidungen.

Acoz, Eisenwerke c. Bern 126
Arnold c. Gotthardbahn 114

Benziger c. Gotthardbahn 618
Bern c. Acoz Eisenwerke 126
» c. Zumbrunn 274
Bonvin c. Wallis 464
Borelli c. Tessin 156
Bürli c. Nationalbahn 122
Chur c. Graubünden 285

Eidgenössische Bank c. Freiburg 290

Favre, Gotthardtunnelunternehmung c. Gotthardbahn . . 315
Fleury c. Neuenburg 310
Frei c. Nationalbahn 129
Freiburg c. eidgenössische Bank 290

Glarus c. Matt 642
Gotthardbahn c. Arnold 114
» c. Benziger 618
» c. Favre Gotthardtunnelunternehmung . . 315
» c. von Knoblauch 117
» c. Luzern, Kreditanstalt 437
» » » » 441
» c. Muotter 247
Graubünden c. Chur. 285

Hunziker, Eheleute 148

Interkantonales Komité der Nationalbahngemeinden, Kaution. Beschluss 446

Knoblauch c. Gotthardbahn 117
Kriemler, Eheleute 637

Lorze, Spinnerei an der, c. Suter 629
Luzern, Kreditanstalt c. Gotthardbahn 437

» » » » 441

Martin, Cretin, Borner et Cie c. Nationalbahn 133
Martin, Eheleute 459
Matt c. Glarus 642
Muotter c. Gotthardbahn 247

Nationalbahn c. Bürli 122
» c. Frei 129
» c. Martin, Cretin, Borner et Cie 133
» c. Sieber 253
» c. Weber. 131
» c. Wullschläger und Müller 141
Nationalbahngemeinden, interkantonales Komité der, Kaution. Beschluss 446
Neuenburg c. Fleury 310
Nordostbahn c. Stacher 152
» c. Steiner 621
» c. Weber 256
Nosotti c. Tessin 472

Oberflachs c. Winkel 656

Piffaretti c. Tessin 467

Saglio c. Suisse-Occidentale 449
Sieber c. Nationalbahn 253
Stacher c. Nordostbahn 152
Steiner c. Nordostbahn 621
Sulzer Gebr. c. Wyler 267
Suisse-Occidentale c. Saglio 449
Suter c. Spinnerei an der Lorze 629

Tessin c. Borelli 156
» c. Nosotti 472
» c. Piffaretti 467

Wallis c. Bonvin 464
Weber c. Nationalbahn 131
» c. Nordostbahn 256
Winkel c. Oberflachs 656
Wullschläger und Müller c. Nationalbahn 141
Wyler c. Gebr. Sulzer 267

Zumbrunn c. Bern 274

IV. VERZEICHNISS

der nicht publicirten Entscheide aus dem Jahre 1880.

A) *Staatsrechtliche Entscheidungen.*

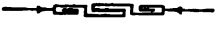
10 Januar	Bossard, Kasimir, in Reiden c. Waadt.
23 »	Zimmerli, R., in Basel c. Baselland.
— »	Vassali, Augustin, in Vicosoprano c. Graubünden.
— »	Giosuè, Anton, in Arvigo c. Graubünden.
31 »	Hellstern, Albert, in Zell (Baden) c. Baselstadt.
— »	Bossi, Peter, in Stäfis c. Freiburg.
— »	Galli und Cons., in Rancate c. Tessin.
14 Februar	Givel-Ticon, F., in Payerne c. Waadt.
20 »	Moretti, Luigi und Cons. in Stabio c. Tessin.
21 »	Vogelsanger, Georg, in Schaffhausen c. Schaffh.
27 »	Gutzwyler, Louis, in Therwyl c. Baselland.
22 März	Gutzwyler, Meduin, in Therwyl c. Baselland.
27 »	Kaisten Gemeinderath c. Aargau.
— »	Nicole, Louis, in Genf c. Genf.
2 April	Henziross, in Torny, c. Freiburg.
— »	Thurgau c. St.-Gallen.
17 »	Suisse-Occidentale Eisenbahn c. Freiburg.
— »	Aranno Gemeinde c. Tessin.
24 »	Corpataux, Gaspard, in Freiburg c. Freiburg.
— »	Niesper-Meyer, Fabrikant in Basel c. Luzern.
— »	Tvitschler, Schlosser, in Flückigen c. Schaffhausen
8 Mai	Küpfer, Charlotte-Susanne, in Bern c. Luzern.
— »	Emch, Bendicht, in Lüterswyl c. Solothurn.
22 »	L'Ecuyer, Eduard, c. Neuenburg.
28 »	Galley, E., Pfarrer in Château-d'Oex c. Freiburg.
— »	von Bonstetten, K.-F., in Hyères c. Bern.
5 Juni	Neukomm, Barb., in Unterhallau c. Schaffhausen.
— »	Hohl, Johann-Jakob, in Chur c. Graubünden.
11 »	Gisler, Josef-Maria, in Spiringen c. Uri.
— »	Meyer-Gaugler, J.-V., in Birsfelden c. Baselland.

18	Juni	Hafner, alt Bezirksstatthalter in Zürich c. Zürich.
—	»	Nicole, Louis, in Lausanne c. Genf.
25	»	Wierer, Bernhard, in St-Gallen c. St-Gallen.
—	»	J. Solari & Cie, in Genf c. Genf.
9	Juli	Mäder-Ruesch, F., in Basel c. Baselstadt.
10	»	Grob, Gottfried, in Oberwyl c. Zug.
—	»	Weber, Karl-Heinrich, in Philadelphia c. Zürich.
—	»	Emmenegger, Eheleute, in Läufelfingen c. Basel.
17	»	Pfosy, Mathilde, in Erlach c. Waadt.
3	September	Kaufmann, Eheleute, in Zürich c. Zürich.
4	»	Suter, Aloys, zur Kuranstalt Steinegg c. Appenzell I./Rh.
—	»	Tavernier, Louis, in Vesancy (Frankreich) c. Waadt
25	»	Mai geb. Suter, Maria, in Bischofzell c. Zug.
1	Oktober	Grob, Gottfried, in Oberwyl c. Zug.
—	»	Hohl, Johann-Jakob, in Chur c. Graubünden.
8	»	Mischler, Fritz, in Nidau c. Freiburg.
22	»	Hafner, alt Bezirksstatthalter in Zürich c. Zürich.
29	»	Bridel, Charles, in Biel c. Bern.
30	»	Emch, Bendicht, in Lüterswyl c. Solothurn.
—	»	Schwob geb. Bollag, Regina, in Olten c. Solothurn.
5	November	Schmid, Johann-Baptist, in Appenzell c. Appenzell I./Rh.
13	»	Schweiz. Gazgesellschaft in Schaffhausen c. Schaffhausen.
20	»	Delémont-Soyhières, katholische Kirchgemeinde c. Bern.
—	»	Chevenez-Courtedoux, » » c. Bern.
18	Dezember	Induni, Giovanni & Cons., in Stabio c. Tessin.
24	»	Segesser, Elisabeth, geborne Minder, in Aarburg c. Solothurn.
—	»	Leu, Dominik, in Thalweil c. Luzern.

B) *Civilrechtliche Entscheidungen.*

10	Januar	Eheleute Saxer in Altstätten.
24	»	Haupt, Jakob, in Regensberg c. Nationalbahn.
6	Februar	Eheleute Loppacher in St-Gallen.
—	»	Weber, J., Vater, in Rykon-Illnau c. Nationalbahn.

7	Februar	Bern-Luzernbahnmasse c. A. Bucher in Schüpfheim.
27	»	L. von Rollsche Eisenwerke in Gerlafingen c. Nationalbahn.
5	März	Gebr. Imfanger in Sisikon c. Gotthardbahn.
6	»	Schwestern Gisler in Altdorf c. Gotthardbahn.
3	Mai	Corti, Giovanni, in Mailand c. Gotthardbahn.
21	»	Tresch, Felix, in Intschi c. Gotthardbahn.
—	»	Walker, Anton, in Erstfeld c. Gotthardbahn.
—	»	Walker, Joh.-J. » »
4	Juni	Eheleute Leu-Schillinger in Adligenschwyl.
—	»	Eheleute Maradan in Bonnefontaine.
2	Juli	Eheleute Emmenegger c. Baselland.
16	»	Righetti, Giuseppe, in Breno & Cons. c. Tessin.
17	»	Rösli, Josef und Mith. in Pfaffnau c. Korporationsgemeinde Pfaffnau.
26	»	von Knoblauch, M., in Schattdorf c. Gotthardbahn.
11	September	Schweiz. Centralbahn und schweiz. Nordostbahn c. Gemeinde Bremgarten.
24	»	Familie Arnold zum Kreuz in Flüelen c. Gotthardbahn.
25	»	Eheleute Vonäsch in Strengelbach.
2	Oktober	Kaspar und Melchior Zopfi in Schwanden c. Nordostbahn.
30	»	Gotthardbahn c. G. Airoldi in Lugano.
—	»	Lombardi, Celeste, in Airoli c. Gotthardbahn.
27	November	Gutmann, Friedrich in Tenely c. Jakob Hämmerli daselbst.
3	Dezember	Eheleute Gröbli in Henau.
4	»	Bundesrath c. Uri und Schwyz.
11 u. 13	Dez.	Corti, Giovanni, in Mailand c. Gotthardbahn.
17	Dezember	Eheleute Schneewelin-Ettinger in Davos.
29	»	Benziger, Adelrich, in Einsiedeln c. Gotthardbahn.
30	»	Näf, G., Seifenfabrikant in Wædensweil c. Nordostbahn.



V. ZUSAMMENSTELLUNG DER ENTSCHEIDUNGEN nach den drei Nationalsprachen.

I. *Staatsrechtliche Entscheide.*

1. Aus dem deutschen Landestheile 91, wovon abgedrukt 53.

2. Aus den romanischen Landestheilen 42, wovon abgedrukt 22.

Hievon fallen 6 Entscheide, worunter 3 abgedrukte, auf den italienisch, die übrigen 36 auf den französisch sprechenden Theil der Schweiz.

II. *Civilrechtliche Entscheide.*

1. Aus der deutschen Schweiz 54, wovon abgedrukt 27.

2. Aus den romanischen Landestheilen 12, wovon abgedrukt 7.

Hievon fallen 7 Entscheide, wovon 3 abgedrukte, auf den italienisch sprechenden, die übrigen 5, auf den französisch sprechenden Theil der Schweiz.

VI. BERICHTIGUNGEN

1. In der Ueberschrift der Entscheidung Nr 30 (Seite 152), lies Nordostbahn statt Nationalbahn.

2. Die Entscheidung Nr 44 (Züblin & Högger), welche aus Versehen im Abschnitte « Kantonsverfassungen » abgedrukt wurde gehört unter die Rubrik « Bundesverfassung, Kompetenz des Bundesgerichtes. »

3. Auf Seite 532 lies in der Ueberschrift III, vor Nr 91, « For de l'action reconventionnelle » statt « For des actions en paternité. »

Ex. f. M.

Lausanne. — Imprimerie Georges Bridel.